

GÉRANCE ET LOCATION DES FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le jeudi 6 juin 1929 à 2 heures.

PAR

Ch. GRANGER

LICENCIÉ ÈS LETTRES

Président : M. RIPERT, professeur.
Suffragants { *MM. PERCEROU, professeur.*
 MOREL, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1929

**GÉRANCE ET LOCATION
DES FONDS DE COMMERCE**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

GÉRANCE ET LOCATION DES FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le jeudi 6 juin 1929 à 2 heures

PAR

Ch. GRANGER

LICENCIÉ ÈS LETTRES

Président : M. RIPERT, professeur.
Suffragants { MM. PERCEROU, professeur.
MOREL, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1929



INTRODUCTION

1. — DÉFINITION. — Gérer un fonds de commerce, c'est l'exploiter à la place de son propriétaire — mais sans que pour cela la propriété du fonds géré soit l'objet d'un transfert. Cela ne veut pas dire que la mise en gérance ne puisse émaner que du propriétaire du fonds — nous verrons qu'il suffit d'avoir le pouvoir de l'administrer — mais l'existence du droit de propriété de son titulaire ne s'en trouve nullement atteinte; seul son exercice peut s'en trouver restreint dans certains cas (location du fonds).

2. — CLASSIFICATION. — En effet, on peut distinguer deux grandes catégories de gérances suivant que l'exploitation est faite pour le compte du propriétaire du fonds qui en acquiert les bénéfices, comme il en supporte les pertes tout comme s'il l'exploitait lui-même — ou que cette exploitation est remise à un gérant qui agit pour son compte personnel, et à ses risques et périls, moyennant paiement au propriétaire du fonds d'une redevance périodique fixe ou variable. Dans la pratique, la première combinaison est généralement désignée sous le nom de

gérance salariée — tandis qu'on réserve à l'autre la dénomination de gérance libre.

3. — 1° *Gérance salariée.* — Le propriétaire d'un fonds de commerce ne veut pas, pour une raison quelconque, en assumer l'exploitation mais il entend en recueillir tous les bénéfices, tout en supportant les pertes. Il met à la tête de sa maison un gérant chargé de l'administrer, c'est-à-dire de faire tous les actes nécessaires à son fonctionnement. Ce gérant est soit un simple mandataire, soit plus souvent un employé supérieur, à la fois préposé et mandataire — et ses rapports avec le propriétaire seront suivant les cas soumis aux règles du contrat de travail ou à celles du mandat.

4. — 2° *Gérance libre.* — Si au contraire le propriétaire du fonds ne veut pas supporter les risques résultant de son exploitation, il confie celle-ci à un gérant libre qui s'en charge à forfait contre paiement de redevances périodiques. Ce contrat est un simple louage de choses, soumis aux règles du Code civil en ce qu'elles n'ont pas d'incompatible avec la location du fonds de commerce. Le gérant est donc un locataire et c'est sous ce nom que nous le désignerons pour éviter les confusions avec le premier cas.

5. — 3° *Gérance-vente.* — Il faut rattacher à la location du fonds de commerce l'opération que l'on désigne dans la pratique sous le nom de gérance-vente : c'est une location avec promesse de vente et imputation sur le prix des redevances périodiques versées par le gérant. Cette

combinaison, de légalité très douteuse, a été depuis quelques années très répandue dans un but d' « économie » fiscale et donne lieu à un grand nombre de difficultés que la jurisprudence résout par des décisions de plus en plus nombreuses et souvent contradictoires.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555814_0066

PREMIÈRE PARTIE

LA GÉRANCE PROPREMENT DITE

CHAPITRE PREMIER

LA GÉRANCE DANS LES RAPPORTS DES PARTIES CONTRACTANTES ENTRE ELLES

6. — Nous verrons (*infra*, n° 54) qu'à l'égard des tiers le contrat de gérance ne peut avoir d'effets que parce qu'il doit être considéré comme un mandat donné par le propriétaire d'un fonds de commerce pour en assurer l'exploitation en son nom et à ses risques et périls. Mais *inter partes*, la nature du contrat de gérance est beaucoup plus complexe car il participe à la fois du mandat et du louage de services ou contrat de travail. Il faudra donc suivant les cas appliquer les règles édictées par le Code civil pour l'un ou l'autre de ces contrats, à moins qu'il n'y soit apporté des dérogations par les usages commerciaux ou par la convention des parties. Dans chaque espèce et pour chaque acte pris séparément, on se demandera quelle a été chez le gérant la qualité dominante, celle de mandataire ou celle de préposé.

7. — INTÉRÊT DE LA DISTINCTION. — La distinction est d'une importance capitale car les règles du mandat et du contrat de travail sont profondément différentes. Nous nous bornerons à signaler les points principaux :

1° le mandataire représente le mandant, c'est-à-dire

que les actes qu'il accomplit dans la limite de ses pouvoirs produisent leurs effets en la personne du mandant qui seul recueille le bénéfice de l'obligation ou en supporte la charge (art. 1998, C. civ.). Le préposé au contraire ne représente pas le maître, s'il n'en a pas reçu un mandat exprès ou tacite ;

2° le mandat est essentiellement révocable par le seul fait du changement de volonté de l'une des parties : « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble », dit l'article 2004 du Code civil, notamment par la constitution d'un deuxième mandataire notifiée au mandataire précédent (art. 2006, C. civ.). D'autre part, « le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation » (art. 2007, C. civ.). De plus, la révocation n'a pas à être justifiée ; celui qui révoque un mandataire ou renonce à un mandat n'a pas à fournir le motif de son acte. Il en est tout autrement du contrat de travail pour lequel il faut distinguer :

a) s'il a été conclu pour un temps déterminé, il ne cesse en principe qu'à l'arrivée du terme ;

b) si, au contraire, le préposé a loué ses services pour une durée indéterminée, il peut cesser par le seul fait de la volonté unilatérale de l'une ou l'autre des parties (art. 1780, 2° du C. civ. ; art. 23, l. I, C. Trav.) mais à condition que la rupture ne soit ni brusque, ni injustifiée. Nous sommes donc loin de la révocabilité *ad nutum* du mandat.

3° En cas de pluralité de mandants, ceux-ci sont tenus solidairement en vertu de l'article 2002 du Code civil, cette solidarité n'existe pas en principe en matière de

louage de services car « la solidarité ne se présume point », article 1202, 1° du Code civil. Mais en matière commerciale, et c'est toujours le cas lorsqu'il y a gérance, cette différence disparaît car, contrairement à la règle admise en matière civile, on présume la solidarité entre codébiteurs ;

4° le salaire stipulé au profit du préposé est irréductible, sans un accord des contractants. En matière de mandat, au contraire, suivant une jurisprudence constante, les tribunaux se reconnaissent le droit de réduire le salaire du mandataire s'ils le jugent excessif (V. notamment Cass. ch. civ., 29 janv. 1867, D. 67. 1. 53) ;

5° seul le préposé est soumis à la législation du travail et notamment : aux lois relatives aux accidents du travail (loi du 9 avril 1898), au cautionnement des employés (loi du 18 octobre 1917 modifiée par celle du 1^{er} février 1928), au repos hebdomadaire (loi du 13 juillet 1906). Mais nous verrons (*infra*, n° 48) que la jurisprudence soustrait le gérant à l'application de cette dernière loi, du moins lorsqu'il a la libre administration du fonds, car, à l'égard de ses employés, elle considère qu'il occupe la même situation qu'un patron.

8. — CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION. — La distinction est souvent délicate, faute d'un critérium précis et indiscuté. De fort nombreuses théories ont été émises sur ce sujet ; nous nous contenterons de résumer très sommairement les plus répandues.

1^{er} critérium : *l'objet du contrat*. — Dans un premier système, on admet qu'il y a louage de services lorsque

les services rendus sont d'ordre purement matériel ou mécanique ; si au contraire ils sont d'ordre intellectuel, il y a mandat (V. Marcadé, t. VI, p. 518 ; Championnière et Rigaud, *Tr. des droits d'enreg.*, t. II, p. 426, n^{os} 1480 et s. ; Planiol, II, 2232 ; Lyon-Caen et Renault, III, 520. V. aussi note 1 au D. 1913. 2. 73). « Le louage de services a pour objet des faits d'ordre matériel qui sont des travaux ; le mandat a pour objet propre des actes juridiques à accomplir pour le compte du mandant : c'est donc dans la nature de l'objet qu'il faut chercher la différence des deux contrats. L'ouvrier ou l'employé travaille pour le compte et dans l'intérêt d'autrui ; le mandataire agit juridiquement : il fait des contrats, des paiements, des négociations pour son mandant » (Planiol, *loc. cit.*). « Le mandataire est celui dont la volonté se substitue à celle du mandant » (Planiol, *ib.*, note 2). Cette théorie est difficile à concilier avec l'article 1984, 1^o du Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire *quelque chose* pour le mandant et en son nom ».

2^o critérium : la représentation. — Est un mandataire celui qui agit au nom d'autrui et comme représentant ; au contraire le préposé ne représente pas celui qui emploie ses services. Ce système a été adopté par quelques décisions (V. notamment Civ., 14 avril 1886, 1^{er} arrêt, D. 86. 1. 220, S. 87. 1. 76 ; Req. 28 octobre 1907, D. 1908. 1. 481 et note Boistel ; Tr. civ. Alger, 5 février 1912, S. 1912. 2. 227) et soutenu par plusieurs auteurs (Laurent, t. XXVII, n^{os} 334, 337 et s. ; Duvergier, t. II, 267 et s. ; Beudant, 649 et 652 ; Guillouard, *Tr. du Mandat*, n^o 27 :

Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1639 et *Mandat*, 337 et s. ; note Glasson, D. 1890. 2. 281). Cette opinion tient compte de l'objection faite au premier système et se trouve d'accord avec l'article 1994, al. 1^{er} C. civ. précité. Mais, en pratique, il est souvent fort difficile d'utiliser le critérium qu'elle propose.

3^e critérium : la possibilité de rémunération exacte en argent. — Dans une troisième théorie, on soutient qu'il y a mandat lorsque les faits à accomplir ne peuvent pas être rémunérés exactement en argent. Système adopté par des auteurs isolés (Merlin, *Rép.*, v^o Notaire, VI, n^o 4 ; Troplong, *Mandat*, n^{os} 164 et s.) et aujourd'hui abandonné comme dépourvu de toute base juridique.

9. — *4^e critérium : les rapports de dépendance.* — « Le louage de services suppose une subordination du locateur de services ... que ne comporte pas le mandat. Le mandataire conserve son indépendance, sa liberté de conduire comme il l'entend l'affaire dont il est chargé ». C'est l'opinion soutenue par MM. Colin et Capitant, II, p. 707 qui complètent leur critérium en ajoutant : « De plus, le louage de services absorbe ordinairement toute l'activité du locateur, tandis que le mandat vise un ou plusieurs actes déterminés ». Mais ils précisent que c'est le cas le plus général et non un critérium absolu, qui sera notamment écarté en matière de gérance car d'ordinaire le gérant mandataire consacrera toute son activité à la gestion du fonds de commerce qui lui est confié.

C'est aussi le système admis le plus généralement par la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les avo-

cats, architectes, notaires, agents des Compagnies d'assurances (V. décisions citées, Colin et Capitant, *loc. cit.*). C'est ce qu'a récemment admis le Tribunal de commerce de Toulouse dans son jugement du 24 octobre 1928 (*Gaz. pal.* du 27 novembre 1928) : le gérant est un mandataire salarié et non un locateur de services lorsqu'il est libre de choisir son personnel et responsable de ses agissements, que ce personnel est rétribué par lui et assuré à ses frais contre les risques d'accidents, que le gérant est libre de déterminer les heures d'ouverture et de fermeture de son magasin, qu'il doit prendre toutes mesures utiles pour assurer l'exécution des lois et règlements d'administration publique, enfin lorsqu'il ne reçoit que des commissions sur le produit des ventes réalisées. Le tribunal en conclut qu'il peut être congédié sans délai de préavis et sans indemnité autre que celle qui a été convenue au contrat, parce qu'il y a mandat, donc révocabilité *ad nutum*.

10. — C'est aussi la solution admise par le Tribunal correctionnel de Meaux (3 février 1926, *Gaz. pal.* du 14 sept. 1926. V. H. Lalou, *Resp. civile*, n° 489) : pour déterminer la nature des rapports de droit existant entre une société d'alimentation et le gérant d'une de ses succursales, le tribunal constate qu'il n'y a pas de rapports de dépendance et que le gérant n'est pas un préposé car il dirige sa maison à son gré et sans être soumis d'aucune façon à la direction de la Société. Il en conclut que l'article 1384 ne saurait être invoqué pour rendre cette société civile-

ment responsable des actes délictueux du gérant, en l'espèce d'une tromperie commise par celui-ci.

La jurisprudence criminelle a eu fréquemment à examiner la question relativement à l'application de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire (Crim. 6 mai 1910, G. P. 1910. 2. 402; 8 juill. 1911, G. P. 1911. 2. 402; 7 juin 1907, G. P. 1907. 2. 13) : mais en l'espèce il s'agit plutôt des rapports existant entre le gérant et ses employés ou ouvriers ; on se demande dans chaque cas particulier s'il doit être considéré comme un chef d'établissement ou un autre employé, comme eux, mais de rang supérieur.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a également statué en cette matière pour l'application de la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes (Crim. 6 déc. 1912, S. 1914. 1. 503, *Rép. Dalloz*, v° Louage d'ouvrage, n° 52) : les gérants de succursales d'une société ayant pour objet la vente de marchandises au détail ne sont pas des locateurs de services mais des mandataires salariés lorsqu'ils ne touchent pas d'appointements fixes et que la plus grande initiative leur est laissée.

C'est enfin le critérium admis en matière de délai-congé (Cass. 15 janv. 1908, G. P. 1908. 1. 156, S. 1911. 1. 368, D. 1908. 1. 128; Trib. civ. Rouen, 11 janv. 1896, *Gaz. pal.* Table 1897-1902, v° Louage d'ouvrage, n° 240. *Rec. Rouen*, 1897. 1. 67; Comm. Marseille, 23 nov. 1903, G. P. Table 1903-1907, *eod.* v° n° 309, *Rec. Marseille*, 1904. 1. 19) et d'accidents du travail (Civ. Bernay, 11 janv. 1910, G. P. 1910. 1. 245).

Ainsi l'on peut admettre, d'une façon générale, que le

gérant est un préposé lorsqu'il n'a ni initiative, ni responsabilité, qu'il ne peut se faire aider dans sa tâche ni se substituer un autre gérant, qu'il est tenu personnellement au travail pendant les heures d'ouverture de la maison de commerce. C'est au contraire un mandataire s'il gère seulement sous le contrôle du propriétaire du fonds mais jouit de l'initiative la plus large dans le choix du personnel et dans le fonctionnement de la maison.

C'est donc une question de fait que le juge du fond aura le pouvoir d'apprécier souverainement et qui échappera par conséquent au contrôle de la Cour de cassation (Cass. 8 juill. 1911, *Gaz. pal.*, 1911. 2. 402).

SECTION I

Le gérant-mandataire.

§ 1. — *Formation du mandat.*

11. — CONDITIONS DE VALIDITÉ. — Il y a lieu d'appliquer ici les règles générales du droit des obligations. Nous nous bornerons à faire quelques remarques et à signaler les questions plus particulièrement intéressantes.

12. — 1^o *Capacité.* — a) *Mandant.* — Le mandant doit avoir la capacité de faire les actes qu'il donne mandat d'accomplir; en effet, c'est en sa personne que doivent être réalisées les conditions exigées par la loi pour la validité de ces actes. Par conséquent, celui qui donne à un

tiers mandat de gérer le fonds de commerce dont il est propriétaire doit être capable de le gérer lui-même, c'est-à-dire doit avoir la capacité requise pour faire le commerce. Ainsi le mineur et la femme mariée devront remplir les conditions exigées par la loi.

Le mineur doit être émancipé, âgé de 18 ans au moins et muni d'une autorisation de son père ou de sa mère, si celui-ci est décédé, absent ou interdit, ou enfin, à défaut, du conseil de famille avec homologation par le tribunal ; de plus, l'autorisation doit être inscrite sur un registre tenu au tribunal de commerce et affichée dans la salle d'audiences (art. 2, C. com. et 487, C. civ.).

Quant à la femme mariée, il lui faudra le « consentement » de son mari (art. 4, C. com.). Mais ce consentement n'est pas identique à l'autorisation exigée en matière civile :

1° en matière civile, l'autorisation est expresse, donnée sous forme de déclaration par écrit ou de concours du mari dans l'acte (art. 217, C. civ.) ; de plus, elle est spéciale c'est-à-dire donnée pour un acte déterminé (art. 223, C. civ.). Au contraire, le consentement de l'article 4 du Code de commerce peut être tacite : il suffit que le mari laisse faire sa femme ; et il est général, c'est-à-dire qu'il n'a pas besoin d'être renouvelé pour chaque acte de commerce. Notons que depuis la loi du 18 mars 1919, l'autorisation maritale lorsqu'elle est expresse doit être mentionnée au registre du commerce (art. 4, § 6) ;

2° en matière civile, on peut en principe suppléer à l'autorisation maritale par l'autorisation de justice (art. 218, 221, 222, 224 du C. civ.) ; en matière de com-

merce, elle est exigée d'une façon absolue car le mari peut avoir des raisons morales pour la refuser et la justice n'a pas à entrer dans ces considérations.

b) *Mandataire*. — Le mandataire n'agissant pas pour son compte mais pour celui du mandant n'est pas lui-même commerçant ; il est donc soustrait aux règles de la capacité commerciale. Bien plus, puisque les actes qu'il accomplit produisent leurs effets en la personne du mandant dont il n'est que l'instrument, peu importe qu'il soit personnellement incapable. L'article 1990 du Code civil fait l'application de ce principe en disant : « les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires » ; mais on admet que cette énumération n'est pas limitative et que la loi se borne à citer les cas les plus usuels. Aussi la jurisprudence reconnaît-elle la validité du mandat donné à un mineur non émancipé ou à un interdit (V. notamment Rouen, 1^{er} mars 1895, *Gaz. trib.*, 18 août 1895).

Toutefois cette règle comporte un tempérament : le mandat donné à un incapable produit tous ses effets à l'égard des tiers ; mais le mandataire ne peut contracter d'obligations à l'égard du mandant que dans les limites de sa capacité. D'où le § 2 de l'article 1990 du Code civil : « Le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux ». Toutefois l'incapable reste obligé par ses délits et quasi-délits (art. 1310 du C. civ.) et doit

restitution de ce qu'il a touché pour le compte du mandant dans la mesure de son enrichissement (art. 1312 du C. civ.).

14. — 2° *Objet du contrat.* — En principe, tout fonds de commerce peut être l'objet d'un mandat de gérance. Mais en dehors des restrictions de droit commun (objet illicite), il faut tenir compte de quelques exceptions :

a) *Pharmacie.* — Dans un but de sécurité publique, tout pharmacien doit être diplômé ; de plus, il doit être propriétaire du fonds (déclaration du 25 avril 1717 et loi du 21 germinal an XI ; Civ., 22 mai 1913, D. 13. 1. 434). Ainsi, le propriétaire d'une pharmacie ne peut pas confier à un gérant l'exploitation de son officine (Tr. civ. Avignon 22 oct. 1912, *G. tr.* 1913., 1^{er} sem., 2, 5) et inversement une personne non munie du diplôme ne peut être régulièrement propriétaire d'une pharmacie qu'elle ferait exploiter par un gérant diplômé (Crim., 23 juin 1859, D. 59. 1. 288 et sur renvoi : Orléans, 8 août 1859, D. 61. 2. 91 ; Crim., 23 août 1860, D. 60. 1. 419 ; 31 mai 1862, D. 62. 1. 493 ; 22 avril 1880, D. 80. 1. 354 ; Rouen, 24 déc. 1901, D. 02. 2. 397 ; Nîmes, 21 nov. 1904, D. 04. 2. 473 et la note). De même, est nulle comme contraire à l'ordre public, la vente d'une pharmacie dont la gérance serait laissée par le contrat à l'ancien propriétaire (Civ. 13 août 1888, D. 89. 1. 279). De même, un pharmacien ne peut ouvrir dans une autre ville une seconde officine dont il confierait l'exploitation à un gérant diplômé (Crim., 29 juill. 1915. *Bull. crim.* 1915).

Les contrevenants commettent le délit d'exercice illégal

de la médecine (loi du 21 germinal an XI, art. 25 ; déclaration du 25 avril 1717, art. 6) et le juge peut ordonner la fermeture de l'officine irrégulièrement exploitée.

15. — b) *Herboristerie-droguerie*. — La loi du 21 germinal an XI (art. 37) dit que : « nul ne pourra... exercer la profession d'herboriste sans diplôme ». Mais la jurisprudence décide, en raison du silence de la loi, que l'on ne peut étendre aux fonds d'herboristerie les règles rigoureuses appliquées en matière de cession et de gérance de pharmacies (Amiens, 13 avril 1907. *Rec. Amiens*, 1907, 254. *Gaz. trib.*, Table 1909, 2^e sem., p. 76). Il semble donc qu'un fonds d'herboristerie peut être donné en gérance, même à une personne non diplômée, car la loi n'exige le diplôme que du propriétaire du fonds ; c'est bien lui en effet qui « exerce la profession d'herboriste », car il est seul commerçant.

16. — c) *Débts de boissons*. — Il y a des cas où le propriétaire d'un débit de boissons ne peut pas en assumer lui-même l'exploitation et la loi l'oblige alors, à moins de vendre son fonds, à en confier l'exploitation à un gérant (ou à le louer). Ces règles résultent de la loi du 9 novembre 1915 qui vise :

1° les mineurs ou interdits : la loi leur interdit d'« exercer par eux-mêmes » la profession de débitant de boissons ; on en a conclu, *a contrario*, qu'ils pouvaient rester propriétaires du débit, à condition de le donner en gérance à un tiers (ou de le lui louer) ;

2° les personnes ayant encouru certaines condamnations

énumérées par l'article 4 de la loi : elles peuvent donner le fonds en gérance à un tiers (ou le lui louer) à condition de ne pas être employées à l'exploitation du fonds, à quelque titre que ce soit ;

3° l'étranger qui ne réside pas depuis au moins cinq ans en France, dans une colonie ou un protectorat ne peut pas exploiter comme propriétaire un débit de boissons ; mais la loi ne lui interdit pas d'en confier la gérance à un tiers ou de gérer lui-même un fonds appartenant à un tiers.

17. — NATURE COMMERCIALE DU MANDAT. — Le mandat de gérer un fonds de commerce est un acte mixte : commercial pour le mandant parce qu'accessoire à son commerce, mais civil pour le mandataire (Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Mandat*, 874 ; Lacour, I, 924. Nancy, 25 février 1890, D. 1890. 2. 347). Nous en tirerons quelques conséquences relatives à la compétence et à la preuve du mandat.

18. — COMPÉTENCE. — 1^{er} cas : action intentée contre le mandataire : celui-ci a fait acte civil, donc seul le tribunal civil se trouve compétent.

2^e cas : action intentée contre le propriétaire du fonds : la jurisprudence reconnaît au demandeur un droit d'option entre les juridictions civile et commerciale.

19. — PREUVE DU MANDAT INTER PARTES. — Il faut faire une distinction suivant qu'il s'agit de prouver l'existence du mandat ou seulement son étendue.

1° *Preuve de l'existence du mandat.* — Cette preuve se fera d'une manière différente suivant que l'affaire sera portée devant la juridiction civile ou devant le tribunal de commerce. On pourrait objecter à cette règle que la nature des preuves ne dépend pas du tribunal saisi. Mais il est facile de répondre à cette objection : ou bien il s'agit de prouver l'existence du mandat contre le mandataire qui a fait acte civil et il est naturel de prouver un acte de cette nature par les modes du droit civil. Ou bien la preuve est faite contre le mandat qui a fait acte de commerce : si l'action est portée devant la juridiction commerciale, il est normal d'adopter les modes de preuve du droit commercial puisqu'on veut prouver l'existence d'un acte de commerce ; si, au contraire, le demandeur a préféré saisir le tribunal civil, c'est qu'il a considéré comme prédominante la nature civile de l'acte mixte qu'est le mandat de gérer un fonds de commerce ; il faut donc alors faire la preuve conformément au droit civil.

a) *Preuve civile.* — La preuve sera faite conformément aux articles 1341 et suivants du Code civil : il faudra un écrit en matière supérieure à 150 francs, à moins qu'il y ait un commencement de preuve par écrit ; celui-ci rendrait admissible la preuve par témoins ou par présomptions. D'après la doctrine dominante et la jurisprudence, ces règles sont applicables même au mandat tacite (V. notamment Civ. 29 déc. 1875, D. 76. 1. 149, S. 76. 1. 401, note Labbé ; Req. 7 nov. 1899, D. 99. 1. 563, S. 1901. 1. 25 ; Civ. 4 nov. 1902, D. 1902. 1. 520, S. 1902. 1. 488 ; 22 juin 1903, S. 1903. 1. 463 ; Req. 2 janv. 1907, D. 1910. 1. 262, S. 1911. 1. 19 ; Civ. 1. 7. 1907, S. 1909. 1. 13. En

sens contraire, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 504). Il n'en serait autrement que si l'on pouvait voir dans le mandat tacite une ratification de gestion d'affaires cette ratification serait établie au moyen de tout acte manifestant l'intention de tenir pour valables les actes du gérant.

Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier l'existence du mandat (Civ. 1^{er} juill. 1907, précité pour le mandat tacite ; Req. 4 novembre 1919, S. 1920. 1. 215 pour le mandat verbal) ; c'est donc une question de fait qui ne peut pas donner ouverture à cassation.

La constatation de la cessation du mandat est également du ressort exclusif des juges du fond (Req. 22 juin 1926, S. 1926. 1. 253).

b) *Preuve commerciale.* — Il s'agit de prouver un acte de commerce ; la preuve peut donc se faire par tous les moyens, conformément à l'article 109 du Code de commerce (Req. 29 nov. 1899, D. 1900. 1. 20), la preuve par témoins ou par présomptions sera donc admise sans limites et quelle que soit la somme engagée.

20. — 2^o *Preuve de l'étendue du mandat.* — Les règles précédentes ne s'appliquent que lorsqu'il s'agit de prouver l'existence même du contrat. Mais si son existence n'est pas contestée, la détermination de son étendue est une question d'interprétation de la convention, soumise par conséquent à l'appréciation souveraine des juges du fait (Req. 23 juill. 1889, D. 91. 1. 19 ; Civ. 25 févr. 1891, S. 94. 1. 351, D. 91. 1. 173 ; 14 juin 1895, D. 96. 1. 508 ; 8 et 9 juill. 1895, S. 97. 1. 133 ; 15 juill. 1895, D. 96. 1.

31, etc.). La preuve pourra se faire par tous les moyens, même par témoins et par présomptions ; cette règle peut accessoirement se justifier par ce fait que l'acte fournit un commencement de preuve par écrit et par conséquent rend admissible la preuve testimoniale.

En matière de gérance, les parties pourront bien souvent se référer aux usages commerciaux qui permettront de déterminer si tel ou tel acte rentre normalement dans la limite des attributions d'un gérant ; l'usage supplée ainsi à l'insuffisance de l'acte ; on l'assimile à une clause tacite de celui-ci et on lui donne force de convention. Ce n'est en réalité qu'une preuve par présomptions : on présume que, dans leur silence, les parties ont entendu s'en rapporter à l'usage existant.

Ainsi nous pourrions dire d'une façon générale que le mandat de gérer un fonds de commerce donne pouvoir au gérant de faire tous les actes nécessaires à sa bonne exploitation, de l'administrer dans le sens le plus favorable à son bon fonctionnement.

§ 2. — *Obligations du mandant.*

21. — Le propriétaire d'un fonds de commerce qui donne à un tiers mandat de gérer ce fonds contracte envers lui une triple obligation :

1° Il doit lui rembourser les dépenses qu'il a faites dans l'exécution de son mandat (art. 1999, 1° du C. civ.).

2° Il doit lui payer le salaire convenu.

3° Il doit enfin l'indemniser des pertes subies (art. 2000, C. civ.).

22. — 1^o *Remboursement des avances et frais.* (art. 1999, 1^o du C. civ.). — Le remboursement est dû au gérant même si son exploitation n'a pas réussi car il doit apporter à sa gestion tous les soins d'un bon père de famille mais il ne s'engage nullement à la faire réussir. Il doit donc être intégral, sauf dans le cas où le gérant aurait commis une faute en faisant ces frais ou ces avances (art. 1199, 2^o C. civ.) : nos anciens auteurs disaient alors que le mandant n'est tenu de rembourser que les dépenses « raisonnables » (Pothier, n^o 78 ; Domat, livre I, t. XV, sect. 2, § 2). Les tribunaux apprécieront souverainement la part de dépenses à laisser à la charge du gérant ; ils pourront même exonérer totalement le mandant.

Quant aux dommages-intérêts et aux amendes que le gérant aurait dû payer à l'occasion de sa gérance, ils restent en principe à sa charge ; le propriétaire du fonds ne lui en devrait le remboursement que s'ils étaient la conséquence de sa propre faute ou de l'exécution même du mandat (V. en matière d'amendes de douane : Com. Rouen, 24 nov. 1888, *Rev. dr. marit.* 86, 420).

23. — INTÉRÊTS. — Conformément à l'article 2001 du Code civil, « l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées ». Les intérêts sont donc dus de plein droit et au taux commercial de 6 0/0 puisque le propriétaire du fonds a fait acte de commerce. Le gérant pourrait d'ailleurs renoncer au bénéfice de cette disposition ; il pourrait également renoncer au remboursement de ses avances car,

alors, le salaire qu'il reçoit est fixé de façon à l'en dédommager.

24. — 2° *Païement du salaire.* — Un salaire est-il dû au gérant même si les parties n'en ont pas convenu ? En matière civile, l'article 1986 est formel : « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire ». Or, cette convention peut être tacite et résulter notamment de l'usage qui, nous l'avons vu, a force de convention en matière commerciale. Aussi, en cette matière, le mandat est réputé salarié (Rouen, 9 mars 1889, *Rec. Rouen* 89, 21 ; Lyon-Caen et Renault, II, 412 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 728). A défaut de convention ou d'accord amiable entre les parties, le juge sera appelé à fixer la rémunération due au gérant.

Pourtant, dans la grande majorité des cas, le contrat passé entre le propriétaire du fonds et son gérant fixera exactement le salaire dû à celui-ci. Cette rémunération pourra comprendre :

- a) Un salaire fixé généralement au mois ou à l'année.
- b) Des avantages en nature ; par exemple le logement gratuit dans les dépendances de la maison de commerce.
- c) Une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices réalisés pendant l'exploitation par le gérant. On peut d'ailleurs stipuler que cette rémunération proportionnelle sera seule due au gérant ; cela équivaut à une clause qui priverait le gérant de salaire si son exploitation ne réussissait pas. Si au contraire on avait stipulé au profit du gérant un salaire fixe, celui-ci lui serait dû même dans le cas où sa gestion aurait eu de mauvais

résultats, à moins que ceux-ci ne soient la conséquence d'une faute commise par le gérant (application de l'art. 1999 C. civ.).

Les intérêts des salaires ne sont pas dus de plein droit comme ceux des avances faites par le gérant car l'article 2001 du Code civil est un texte exceptionnel et ne pourrait être étendu. Il faudra donc appliquer le droit commun et décider qu'ils ne courent qu'à dater de la mise en demeure adressée au débiteur, conformément à l'article 1153, 3^e du Code civil (Cass. 10 févr. 1836, S. 36. 1. 512 ; Civ. 21 nov. 1893, D. 94. 1. 269, S. 96. 1. 13 ; Riom, 8 déc. 1838, S. 39. 3. 419).

Le salaire stipulé n'est pas nécessairement définitif : car la jurisprudence reconnaît constamment aux tribunaux le droit de le réduire s'ils le jugent excessif et hors de proportion avec le service rendu. Cette jurisprudence s'appuie principalement sur l'article 1999 du Code civil qui dit : « le mandant ne peut faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres » ; elle en conclut *a contrario* que les salaires, non visés par cet article, peuvent être réduits, d'autant plus que le mandat est gratuit par sa nature ; argument fort critiquable et même sans valeur en matière commerciale où il est de règle au contraire que le mandat soit salarié. Cette jurisprudence est unanimement critiquée par les auteurs car elle est manifestement contraire au principe de la liberté des conventions posé par l'article 1134 du Code civil.

25. — 3^e *Indemnisation des pertes subies* (art. 2000, C. civ.). — Le mandant doit enfin indemniser le gérant

des pertes que celui-ci a pu subir comme conséquence de l'exécution du mandat. Il n'est fait d'exception à cette règle que si la perte éprouvée par le mandataire est la suite d'une faute commise par lui. C'est ce que dit expressément l'article 2000 du Code civil : « Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable » (V. Req. 10 mai 1905, D. 1905. 1. 428).

26. — GARANTIES LÉGALES. — Le gérant dispose d'une double garantie pour l'exécution des obligations que le propriétaire du fonds peut avoir envers lui : la solidarité des comandants de l'article 2002 du Code civil et le droit de rétention.

1^o *Solidarité des comandants.* — L'article 2002 du Code civil édicte la solidarité de plein droit entre les comandants : cette garantie est exceptionnelle en matière civile car ici la solidarité ne se présume pas (art. 1202, C. civ.) et ne peut résulter que de la convention ou de la loi. Mais, même en l'absence de texte, il faut déclarer que lorsqu'un fonds de commerce appartient à plusieurs propriétaires et que ceux-ci donnent à un tiers mandat de le gérer, tous les comandants sont solidairement obligés envers le gérant car en matière commerciale la solidarité est toujours présumée. Par conséquent, le gérant peut réclamer la totalité de ce qui lui est dû à l'un quelconque de ses codébiteurs.

27. — 2^o *Droit de rétention.* — Le gérant mandataire n'a aucun privilège pour le remboursement de ce que lui

doit le propriétaire du fonds ; si donc celui-ci est déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire, le gérant produira comme créancier ordinaire et sera payé en monnaie de dividende. Il en est de même si le fonds de commerce géré est vendu par son propriétaire (Comm. Marseille, 30 nov. 1921, *Rec. Mars.*, 1923. 1. 102).

Il n'est pas non plus créancier gagiste puisque les objets sur lesquels pourrait porter son gage n'ont jamais été séparés du fonds de commerce dont il n'était que gérant et non propriétaire ; il ne les a donc jamais eus en sa possession et toute idée de gage doit être écartée.

Par contre, la Cour de cassation lui accorde le droit de rétention sur tous les objets pour lesquels le mandat a été donné (*Contrà*, Com. Marseille, 30 nov. 1921 précité). D'après Baudry-Lacantinerie et Wahl (*op. cit.*, n° 763), ce droit de rétention ne garantirait que le remboursement des dépenses faites par le gérant et ne porterait que sur les objets pour lesquels il a fait ces dépenses : « pour le paiement de ses honoraires, le mandataire n'a pas de droit de rétention, car la dette n'est pas relative aux choses qui font l'objet du mandat » (*ib.*, n° 767). Mais la jurisprudence est beaucoup plus large au point de vue des objets sur lesquels il porte et des créances qu'il garantit.

a) *Objet du droit de rétention.* — Il porte non seulement sur le matériel et les marchandises, mais même sur les archives, registres et papiers de comptabilité. Cette règle peut d'ailleurs se justifier par l'idée d'universalité juridique du fonds de commerce : le mandat portant sur cette universalité, il est naturel que le droit de rétention porte sur tous ses éléments (V. Cass., 17 janv. 1866, D. 66. 1. 76

(directeur d'usine); 10 août 1870, D. 70. 1. 41; Bordeaux, 14 mai 1879, D. 80. 2. 76. En sens contraire : Toulouse, 16 nov. 1887, D. 88. 1. 161 (directeur d'agence d'une compagnie d'assurances).

b) *Créances garanties*. — Le droit de rétention garantit toutes les créances du mandataire nées à l'occasion du mandat et notamment le paiement de son salaire (V. not. Cass., 17 janv. 1866 précité).

28. — GARANTIES CONVENTIONNELLES. — On rencontre dans la pratique un certain nombre de garanties conventionnelles. Les plus usuelles sont : la caution, le gage, l'hypothèque et le dépôt de garantie ou « cautionnement » en numéraire ou en valeurs mobilières.

a) *Caution*. — Nous désignons à dessein cette garantie par une dénomination impropre puisque nous employons le nom de la personne pour celui de la chose; en effet la pratique désigne sous le nom de cautionnement le dépôt effectué par le gérant, par le propriétaire du fonds ou même par un tiers entre les mains de l'une des parties ou d'un tiers en vue de garantir l'exécution du contrat.

La caution est d'ailleurs donnée assez rarement en pratique.

Nous rappelons qu'en matière commerciale elle est présumée caution solidaire.

b) *Gage*. — Ce sera le plus souvent un nantissement du fonds géré consenti par le propriétaire au gérant en application de la loi du 17 mars 1909. Ce pourrait être également un nantissement donné sur un fonds autre que celui qui fait l'objet de la gérance. Naturellement, ce nan-

tissement n'est opposable aux tiers que si la publicité légale a été régulièrement effectuée.

c) *Dépôt de garantie ou « cautionnement »*. — Ce dépôt peut être fait soit en espèces, soit en valeurs mobilières ; soit entre les mains du gérant, soit chez un tiers ; soit par le propriétaire du fonds, soit par un tiers, véritable caution réelle tenue *propter rem*. Si le cautionnement est remis au gérant lui-même, le propriétaire du fonds stipulera le plus souvent une garantie pour se prémunir contre une disparition possible du dépôt. Si d'ailleurs le gérant dissipait celui-ci, il serait passible des peines de l'abus de confiance.

29. — ACTES DU MANDATAIRE EXCÉDANT SES POUVOIRS. — Nous examinerons plus loin, en étudiant les effets de la gérance à l'égard des tiers, dans quelle mesure les actes excédant les pouvoirs du gérant peuvent obliger le mandataire.

Remarquons pourtant que, pour cette catégorie d'actes, le gérant ne saurait avoir d'action contre le propriétaire du fonds en vertu du mandat que celui-ci lui a conféré. Mais il pourrait avoir recours contre lui en tant que gérant d'affaires ou par application des principes de l'action *de in rem verso*. Cependant ses droits envers le propriétaire du fonds ne seraient pas alors aussi larges que s'il agissait en vertu de son mandat.

1° *Mandat et gestion d'affaires*. — On peut relever trois différences essentielles entre l'obligation du maître et celle du mandant :

a) le maître ne doit indemniser le gérant d'affaires que dans la mesure où la gestion lui a été utile ; si « l'affaire

a été bien administrée » (art. 1375, C. civ.) ; le mandant au contraire doit en principe indemniser le mandataire même si la gestion n'a pas réussi (art. 1999) ;

b) le maître n'est tenu de rembourser que les dépenses utiles ou nécessaires faites par le gérant d'affaires (art. 1375, C. civ.) ; le mandant doit rendre le mandataire « indemne », il doit l'indemniser de toutes les dépenses et de tous les frais qu'il a pu faire (art. 1999, C. civ.) ;

c) les intérêts ne sont pas dus de plein droit mais du jour de la sommation de payer (art. 1153).

Ces différences disparaîtraient d'ailleurs si le propriétaire du fonds ratifiait l'acte fait par le gérant en dehors de ses pouvoirs ; dans ce cas en effet, la gestion d'affaires se transforme en mandat.

2° *Action de in rem verso.* — En admettant que le mandataire qui a dépassé ses pouvoirs se trouve dans les conditions requises pour exercer cette action (appauvrissement du demandeur, enrichissement corrélatif du défendeur sans juste cause), la restitution qu'il pourra obtenir sera inférieure à celle qui lui aurait été due en vertu du mandat. Elle est en effet soumise à une double limite : elle ne peut dépasser l'enrichissement effectif du défendeur, ni être supérieure à l'appauvrissement du demandeur. De plus, les intérêts ne sont pas dus de plein droit comme pour les avances du mandataire ; ils ne courent qu'en vertu d'une sommation de payer adressée au débiteur conformément au droit commun de l'article 1153 du Code civil.

§ 3. — *Obligations du gérant.*

30. — Le mandataire est soumis par la loi à une double obligation :

1^o Exécuter le mandat (art. 1991, 1^o, C. civ.).

2^o Rendre compte de sa gestion (art. 1993, C. civ.).

1^o *Obligation d'exécuter le mandat.* — Cette obligation naît à la charge du mandataire du jour où il a accepté le mandat ; jusque-là en effet, le contrat n'existe pas puisque l'accord des volontés n'est pas réalisé. C'est ce que dit l'article 1984, 2^o, du Code civil : « le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ». Mais celle-ci peut n'être que tacite et résulter notamment du fait que le mandataire a volontairement exécuté le mandat (art. 1985, 2^o) ou que le mandant lui a remis la procuration écrite sans qu'il proteste.

De droit commun, on admet que le mandataire n'est pas obligé d'exécuter personnellement le mandat ; il peut se substituer un tiers dont il reste d'ailleurs responsable. Cette règle peut se justifier en matière civile car le mandat est gratuit par sa nature et il ne faut pas mettre une obligation trop rigoureuse à la charge du mandataire puisqu'il rend un service gratuit. Or nous avons vu qu'en matière commerciale, le mandat est au contraire salarié par sa nature car il est de règle que les opérations commerciales ne se fassent pas gratuitement.

De plus, en matière de gérance, le mandat est donné en égard aux qualités personnelles du mandataire ; le propriétaire d'un fonds de commerce, lorsqu'il le confie à un

gérant, tient compte avant tout des aptitudes commerciales de celui-ci; il ne peut pas admettre que ce gérant puisse se faire remplacer par un tiers qui, par son impéritie, peut entraîner la ruine du fonds. Cet argument prend d'autant plus de valeur que le propriétaire du fonds est seul commerçant et que les mauvaises affaires de sa maison de commerce peuvent entraîner sa mise en faillite par suite de l'incompétence commerciale de son gérant.

Il faut donc admettre que, sauf clause formelle du contrat, le gérant doit exécuter personnellement le mandat dont il a été chargé et qu'il ne peut se faire remplacer par un sous-gérant (Solution analogue pour l'avocat ou l'avoué. V. Req. 8 janv. 1912, D. 1913. 1. 185, note Lalou; S. 1912. 1. 359).

Le contrat peut naturellement contenir une clause autorisant la substitution mais cette clause peut se présenter sous deux formes différentes (art. 1994, C. civ.) :

a) le gérant peut se faire remplacer par un tiers non désigné nommément : dans ce cas, il n'est pas responsable de son remplaçant sauf s'il a choisi une personne notoirement incapable ou insolvable ;

b) si au contraire, le remplaçant est nommé expressément dans le contrat, le gérant primitif n'est en aucune façon responsable du substitué.

31. — Le gérant doit donc exécuter le mandat en bon père de famille ; il est responsable de ses fautes de gestion et sa responsabilité doit s'interpréter plus rigoureusement car il est mandataire salarié (art. 1992 du C. civ.). Cepen-

dant, le contrat pourrait contenir une clause d'exonération qui serait parfaitement valable.

Par contre, il ne répond pas des cas fortuits sauf si ceux-ci se produisent pendant l'exécution défectueuse du mandat (application de l'art. 1302, C. civ.) mais, même dans ce cas, il s'exonérerait en prouvant que le cas fortuit se serait également produit si le contrat avait été exécuté correctement. V. solution analogue : Rouen, 8 déc. 1856, D. 57. 2. 96, S. 57. 2. 307 (les marchandises avaient été perdues par suite du naufrage du vapeur qui les transportait ; or le contrat stipulait qu'elles devaient être transportées sur voilier).

Le mandataire sera notamment responsable s'il a agi en dehors des limites de son mandat mais si cependant l'acte est valable à l'égard des tiers et oblige le mandant envers eux (*infra*, 60). Il devra alors indemniser celui-ci des conséquences de son acte.

32. — 2^e *Obligation de rendre compte*. — L'article 1993 du Code civil dit : « tout mandataire est tenu de rendre compte ». La reddition de compte se fait d'ordinaire en fin de mandat ou bien aux termes périodiques convenus. En matière de gérance, elle se fera assez souvent au jour le jour si le propriétaire du fonds exerce un contrôle constant sur son mandataire ; cette situation peut se produire principalement pour les gérances de succursales.

Le gérant devra fournir à l'appui de son compte toutes pièces justificatives ; il devra notamment produire, si le mandant les réclame, les livres qu'il aura tenus pour l'exploitation du commerce. Le mandant pourra exiger un

compte conforme aux articles 533 et 536 du Code de procédure civile avec détail des recettes et dépenses et pièces justificatives.

Le gérant doit rendre compte :

1° de tout ce qu'il a reçu à l'occasion du mandat : sommes encaissées et bénéfices, sommes reçues du mandant comme fonds de roulement, matériel, marchandises. Pourtant cette obligation ne saurait être comprise d'une manière trop rigoureuse pour les marchandises car il existe pour celles-ci des causes nombreuses de déperdition : erreurs matérielles dans les livraisons, pertes résultant des manutentions (objets fragiles), vice propre de certaines catégories de marchandises (produits alimentaires susceptibles de se détériorer). On ne pourrait donc rendre le gérant responsable de ces déchets, à moins naturellement que ceux-ci ne proviennent de sa faute : par exemple, si le gérant d'un fonds de boucherie a laissé se gâter de la viande faute d'avoir pris les précautions d'usage dans le métier (Voir pour l'application du principe : Comm. Havre, 8 juin 1925, *Rec. Havre*, 1925, 1. 160. *Gaz. pal.*, 1926, 1 v°, Fonds de commerce, 21).

2° Le gérant doit également les intérêts des sommes qu'il a touchées du jour de la mise en demeure mais, exceptionnellement, il les doit de plein droit s'il s'en est servi pour son usage personnel (art. 1966, C. civ.). C'est ce qu'a admis notamment un arrêt de la Cour de Paris du 24 mars 1911 (*Gaz. pal.*, 1911. 1. 521) : « Le gérant intéressé qui, à l'insu de son patron, a conservé et employé pour ses besoins personnels des sommes importantes qu'il remboursait à la caisse plusieurs mois après leur encais-

sement, doit payer l'intérêt des dites sommes pendant le temps qu'il les a conservées pour son usage ». Ils sont dus au taux civil de 5 0/0 car le gérant n'a contracté qu'un engagement civil et on ne peut pas lui appliquer les règles du droit commercial.

33. — GARANTIES. — Le propriétaire du fonds pourra stipuler des garanties conventionnelles pour assurer l'exécution des obligations du gérant : caution, gage ou nantissement, affectation hypothécaire, « cautionnement », comme nous en avons déjà vu stipuler au profit du gérant (*suprà*, 28).

Remarquons en outre que, s'il y a plusieurs gérants, ils ne sont pas tenus solidairement envers le propriétaire du fonds, sauf stipulation expresse, car leur engagement est de nature civile et en cette matière, la solidarité ne se présume pas (art. 1202, C. civ.).

§ 4. — *Cessation de la gérance.*

34. — La gérance cesse par l'effet des causes ordinaires d'extinction du mandat :

1° Terme. — La gérance cesse par l'arrivée du terme convenu entre les parties ; ce terme peut être indéterminé : ainsi, le propriétaire d'un fonds peut le confier à un gérant avec mission de le remettre sur pied ; la gérance cesse alors quand le gérant a mené à bonne fin ce travail de rétablissement du fonds.

2° Cas fortuit ou de force majeure ou impossibilité d'exé-

cution, — Notamment si le commerce géré vient à être interdit (absinthe) ou monopolisé.

3° *Décès du gérant*. — La gérance cesse par le décès du gérant car le contrat a été conclu en considération de ses capacités commerciales ; ses héritiers pourraient ne pas offrir les mêmes garanties mais ils doivent gérer provisoirement en attendant la désignation d'un nouveau gérant (art. 2010, C. civ.). Par contre, nous pensons que la gérance continue malgré le décès du propriétaire du fonds ; en effet, le mandataire n'a pas accepté de l'assumer en considération de la personne du mandant, mais bien plutôt en considération du fonds qui lui a été donné en gérance. L'article 2003 dit bien que le mandat finit par la mort du mandant ; mais il a statué *de eo quo dplerumque fit* et sa disposition n'est nullement impérative (V. Cass. belge, 2 juin 1887, D. 89. 2. 39). D'ailleurs, les héritiers auront toujours la possibilité de révoquer le gérant (*infra*, 7°).

Au décès, il faut assimiler l'interdiction du gérant.

4° *Interdiction du propriétaire*. — L'interdit ne pouvant pas être commerçant, la gérance cesse nécessairement. Si l'on veut conserver à l'interdit la propriété du fonds, la seule solution sera de donner celui-ci en location car alors seul le locataire est commerçant parce qu'il agit en son nom propre. Il en serait de même si, le propriétaire venant à mourir, ses héritiers étaient mineurs ou incapables de faire le commerce.

5° *Faillite ou liquidation judiciaire du propriétaire*. — La gérance cesse car le propriétaire est dessaisi de son fonds, le gérant ne peut donc plus l'exploiter en son nom.

Le syndic pourrait le laisser à la tête de la maison en cas de continuation du commerce du failli : mais il gèrerait pour le compte de la masse, et non au nom du débiteur.

6° *Faillite, liquidation judiciaire ou déconfiture du gérant.* — Le gérant peut être lui-même commerçant, par exemple s'il est propriétaire d'un autre fonds de commerce ; il peut donc aussi être déclaré en faillite. Même s'il n'est pas commerçant, il peut encourir la déconfiture. La gérance doit prendre fin car elle lui avait été confiée en raison de ses qualités personnelles, elle implique la confiance du propriétaire à son égard ; cette confiance doit naturellement cesser à l'égard d'un failli.

35. — 7° *Changement de volonté de l'une des parties* (art. 2004 et 2007, C. civ.). — a) *Renonciation du gérant.* — Le mandat est par sa nature révocable et le mandataire peut à tout moment y renoncer (art. 2007, C. civ.). Cette règle comporte pourtant un double tempérament :

α) le mandataire est responsable du préjudice que sa renonciation intempestive peut causer au mandant (art. 2007, 2°) ;

β) il peut s'interdire de renoncer au mandat : cette interdiction peut résulter du fait que les parties ont fixé un terme à la gérance ; le mandataire en acceptant cette clause s'engage à continuer la gestion jusqu'à l'arrivée du terme convenu. Sinon la clause serait illusoire. On peut donc dire que, dans la majorité des cas, le gérant ne peut pas se retirer du contrat (V. Rouen, 17 mai 1871, D. 73. 2. 176).

b) *Révocation du gérant.* — Le mandant peut à tout

moment révoquer le mandataire (art. 2004, C. civ.). Mais cette faculté est soumise aux mêmes restrictions que la faculté de renonciation du gérant : la révocation ne doit pas être abusive (Nancy, 2 févr. 1909, D. 1910. 2. 268) et le mandant peut s'engager à ne pas y avoir recours ; cet engagement peut également être tacite (V. Req. 6 juill. 1885, D. 86. 1. 310).

Nous voyons donc qu'en matière de gérance, il y a de nombreux rapprochements entre le mandat et le louage de services. En principe, seul le mandat est révocable *ad nutum*, tandis que la rupture du contrat de travail ne doit être ni brusque, ni abusive. Les règles que nous venons d'exposer montrent bien qu'en pratique on arrivera aux mêmes solutions quant à l'allocation de dommages-intérêts en cas de rupture du contrat. En fait, la possibilité de révocation du mandat se trouve presque toujours écartée, au moins tacitement, par les parties. D'autre part, celui qui se retire du contrat de gérance, cause généralement à son cocontractant un préjudice qu'il devra réparer.

Nous verrons (*infra*, 56) que la révocation n'est opposable aux tiers que s'ils en ont eu connaissance.

36. — 8° *Clause résolutoire*. — Enfin le contrat peut contenir une clause en vertu de laquelle la gérance sera résolue dans certaines conditions : par exemple s'il est constaté que le gérant a fait au propriétaire de fausses déclarations sur les affaires de la maison de commerce (Req. 10 févr. 1925, S. 25. 1. 179).

SECTION II

Le gérant préposé.

37. — Le contrat passé entre le propriétaire du fonds et son gérant peut être un mandat pur et simple, régi par les règles précédemment exposées.

38. — Au contraire, si le gérant est le préposé du propriétaire, les rapports de droit nés du contrat ne peuvent pas n'être exclusivement que des rapports de préposé à commettant; ils se compliquent plus ou moins de rapports entre mandataire et mandant puisque l'employé supérieur qu'est le gérant a le pouvoir de représenter son patron à l'égard des tiers en vertu d'une procuration expresse ou d'une procuration tacite dont la portée est déterminée par l'usage. Autrement dit, il n'y a jamais entre les parties de louage de services à l'état pur mais une juxtaposition de louage de services et de mandat.

39. — Il y aura donc lieu d'appliquer dans certains cas entre gérant et propriétaire les règles du mandat, mais leurs rapports seront régis principalement par celles du louage de services.

§ 1. — *Formation du contrat.*

40. — CONDITIONS DE VALIDITÉ. — Le contrat n'est soumis à aucune forme légale : « le contrat de travail est soumis

aux règles de droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter », article 19 du Code du travail (loi du 2 juill. 1890, art. 2).

Il n'est donc pas nécessaire de dresser un écrit, même si le gérant engage ses services pour plus d'une année : l'article 22, livre I du Code du travail (loi du 22 germinal an XI) n'exige dans ce cas d'écrit que pour l'engagement de l'ouvrier, non pour celui de l'employé.

La Cour de cassation en conclut que, même lorsqu'on a rédigé un acte, celui-ci n'est pas astreint à la formalité du double de l'article 1325 du Code civil (V. Civ. 12 nov. 1913, D. 14. 1. 289, P. et S. 14. 1. 245). Solution discutable car cette formalité est applicable à tous les contrats synallagmatiques sans distinction.

41. — CAPACITÉ. — 1° *Commettant* : le commettant étant commerçant et le contrat constituant à son égard un acte de commerce, il doit avoir la capacité requise pour faire le commerce, conformément aux articles 2 et 4 du Code de commerce.

2° *Préposé* : il y a lieu d'appliquer les règles ordinaires de la capacité, avec cette réserve qu'il doit être maître de sa personne, ce qui exclut le mineur non émancipé et la femme non séparée de biens ou de corps. Le gérant pourra donc être un mineur émancipé ou une femme séparée de corps. Le mineur non émancipé devra avoir l'autorisation de son père administrateur légal ou de son tuteur ; mais celle du conseil de famille est inutile car celui qui loue ses services fait acte d'administration. De

même la femme non séparée de biens ou de corps sera autorisée par son mari ou à défaut par le tribunal ; mais cette dernière solution est très discutée.

42. — OBJET. — L'objet du contrat devra être licite. Il faudra donc déclarer nulle comme contraire à l'ordre public la mise en gérance d'une maison de débauche. De même le contrat par lequel le propriétaire d'une officine de pharmacie en confie la gérance à un tiers, même régulièrement diplômé (v. *suprà*, 14).

43. — NATURE DU CONTRAT. — La mise en gérance est un acte mixte, commercial pour le commettant, propriétaire du fonds mais civil pour le gérant.

Les conséquences de cette règle ont été déjà signalées à l'occasion du mandat (*suprà*, 17 et s.) ; cependant le code de commerce édicte en outre des règles particulières relativement à la compétence.

44. — COMPÉTENCE. — L'article 634 du Code de commerce dit que les tribunaux de commerce connaîtront : « 1° des actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés ». Remarquons que cette disposition désigne expressément les gérants sous le nom aujourd'hui périmé de facteurs. Dans l'ancien droit, le facteur est la personne chargée de gérer une maison de commerce (cf. le mot factorerie) ; on l'appelle aussi institeur : c'est l'institor du droit romain (*infra*, 108).

Ainsi, pour toutes les obligations contractuelles ou

délictuelles qu'il a contractées à l'occasion de sa gérance, le gérant pourra être poursuivi devant les tribunaux de commerce, soit par ses propres employés, soit même par des tiers; cette dernière hypothèse est évidemment peu fréquente car généralement le gérant ne traite avec eux que comme mandataire et ne s'oblige pas personnellement; il pourrait cependant être tenu directement soit par un délit ou un quasi-délit, soit en vertu d'une stipulation spéciale de l'acte passé avec le tiers poursuivant.

La loi du 27 mars 1907 est venue déroger aux règles de compétence ordinaire et à celles de l'article 634 du Code de commerce en matière de litiges entre patron et employé ou ouvrier en créant les prud'hommes commerciaux. Elle distingue pour l'employé (non pour l'ouvrier) les deux cas suivants :

a. La somme en litige est inférieure à 1.000 francs : les prud'hommes sont seuls compétents, sauf dans le cas où il n'en existe pas dans la localité ; alors, les règles ordinaires demeurent applicables (Cass. 18 déc. 1907, *Pand. fr.* 1908. 1. 28).

b. En matière supérieure à 1.000 francs, la demande est « de la compétence des tribunaux ordinaires » (loi du 27 mars 1907, art. 32, 2^o), c'est-à-dire d'après l'opinion dominante, non pas des tribunaux civils seuls (Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n^o 1365), mais des tribunaux civils ou des tribunaux de commerce, suivant les règles de compétence admises en matière d'actes mixtes (*suprà*, 18).

§ 2. — *Effets du contrat inter partes.*

45. — OBLIGATIONS DU COMMETTANT. SALAIRE. — Le salaire est de l'essence même du contrat de travail qui est un contrat à titre onéreux, mais sa nature peut être très variable suivant les cas. Le gérant préposé pourra, comme le mandataire (*suprà*, 24), recevoir un salaire fixe, des avantages en nature, une part des bénéfices.

Même si le gérant n'était rémunéré que par une quote-part des bénéfices d'exploitation, il y aurait louage de services et non société car la société implique le travail sur le pied d'égalité, la collaboration, idées qui sont étrangères à la gérance (v. *infra*, 50).

Mais il cesse d'avoir droit à son pourcentage du jour où il quitte la gérance, même sur les bénéfices réalisés à l'occasion de marchés conclus pendant sa gérance mais exécutés après son départ. En effet, a dit la Cour de Paris (arrêt du 24 mars 1911, *Gaz. pal.*, 1911. 1. 521) cette rémunération a un caractère global, porte sur toutes les affaires et constitue un complément de salaire pour les services qu'il rend dans sa gérance; cette rémunération doit cesser quand la fonction cesse. Au contraire, le placier rétribué par une commission sur les affaires qu'il traite peut, si le contrat de louage de services prend fin, réclamer son pourcentage sur les marchés conclus avant son départ mais exécutés après; en effet, ces commissions représentent le fruit de son travail et n'ont pas un caractère global.

La convention peut garantir au gérant un salaire annuel

minimum ou, plus souvent, un minimum annuel de commissions. Dans ce cas, le délai sur lequel le minimum est prévu doit comprendre non seulement le temps pendant lequel le gérant a vendu les marchandises mais aussi celui qu'il a passé à les organiser en vue de la vente ; le délai doit donc courir à dater du jour où le gérant est entré dans la maison de commerce et s'est trouvé « au service » du propriétaire du fonds. Et en cette matière, l'appréciation des juges du fond est souveraine (Cass. 15 janv. 1908, D. 08. 1. 125).

L'action en paiement des salaires du gérant est soumise à la prescription de cinq ans de l'article 2277 du Code civil ; en effet, ils sont bien « payables par année ou à des termes périodiques plus courts ». La prescription de six mois de l'article 2271, 3^o du Code civil ne s'applique qu'aux salaires des ouvriers et gens de travail payables à la journée (Paris, 6 juill. 1887, D. 88. 2. 124).

46. — GARANTIES LÉGALES RECONNUES AU GÉRANT. — 1^o *Privilège de l'article 549 du Code de commerce* (loi du 17 juin 1919). — « Le salaire acquis ... à tous ceux qui louent leurs services pendant les six mois qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire, la faillite ou la déconfiture sont admis au même rang que le privilège établi par l'article 2101 du Code civil pour les gens de service » ; la garantie porte non seulement sur le salaire fixe, mais aussi sur la rémunération proportionnelle définitivement acquise dans ces six mois, quand bien même elle serait due en vertu d'une cause antérieure.

La créance du gérant venant au rang du privilège des

gens de service (art. 2101, 4^o) se trouve donc primée par les frais de justice (art. 2101, 1^o), les frais funéraires (art. 2101, 2^o), les frais de dernière maladie (art. 2101, 3^o) et les mois de nourrice (loi du 23 déc. 1874). De plus, sur les meubles, le privilège de l'article 549 du Code de commerce est primé par celui du bailleur et par celui du vendeur de meubles.

2^o *Droit de rétention*. — Le gérant a le droit de rétention sur les objets qu'il détient pour le compte du propriétaire et à l'occasion desquels sa créance est née : par exemple, s'il a fait des frais pour la réparation d'une machine, il a sur elle le droit de rétention. Mais ce droit ne garantit pas le paiement du salaire, du moins dans l'opinion générale (solution contraire en matière de mandat. V. *suprà*, 27).

47. — OBLIGATIONS DU GÉRANT. — Le gérant doit travailler en personne à la gestion du fonds de commerce ; il doit en outre s'abstenir de faire concurrence à son patron.

1^o Le gérant doit travailler de ses propres mains à la gestion du fonds qui lui est confié ; cela ne l'empêche pas de pouvoir se faire aider par des commis qu'il peut choisir et rétribuer lui-même (V. Trib. civ. Bernay, 11 janv. 1910, *Gaz. pal.*, 1910. 1. 245). Il doit aussi se conformer aux ordres reçus du propriétaire, car son contrat implique un lien de subordination qu'il est tenu de respecter.

2^o Il doit consacrer toute son activité au service de son patron ; il lui est donc interdit de faire des opérations

commerciales pour son propre compte, comme pour le compte d'un tiers.

48. — DIFFÉRENCES EXISTANT ENTRE UN GÉRANT ET UN SIMPLE EMPLOYÉ. — La jurisprudence considère que le gérant fournit des services d'une qualité supérieure à celle des employés ordinaires. Elle lui fait donc une situation un peu particulière à plusieurs points de vue :

1° Pour la fixation du chiffre des dommages-intérêts qui sont dus au gérant en cas de rupture du contrat (art. 1780 du C. civ. ; loi du 27 déc. 1890), la jurisprudence se montre plus large que pour un employé ordinaire ; les tribunaux devront apprécier suivant les circonstances (Comm. Marseille, 23 nov. 1903, *Rec. Mars.*, 1904. 1. 72 et 11 mars 1904, *la Loi*, 17 mars 1904. *Mon. jud. Lyon*, 18 avril 1904).

2° Le délai de préavis à donner au gérant est supérieur au délai admis par l'usage pour l'employé ordinaire et qui est ordinairement d'un mois (Comm. Marseille, 23 nov. 1903 et 11 mars 1904 précités).

3° Le gérant ne bénéficie pas des dispositions relatives au repos hebdomadaire. C'est ce qu'a décidé notamment la Cour de cassation (Crim. 7 juin 1907, D. 08. 1. 318) : « Sans qu'il soit besoin de déterminer le caractère juridique du contrat qui lie les gérants de succursales à la société qui les emploie, ces gérants ne sont pas au nombre des ouvriers et employés auxquels le repos hebdomadaire est dû » car « bien que soumis à certaines règles dans leur gestion et au contrôle de la société, ils n'en ont pas moins l'administration et la direction effectives de la

succursale » (V. aussi Cass. 19 janv. 1907, *Gaz. pal.*, 07. 1. 145 ; 2 févr. 1907, *Gaz. pal.*, 07. 1. 353 ; 6 mai 1910, *Gaz. pal.*, 1910. 2. 402 ; Crim. 8 juin 1907, *Gaz. pal.*, 07. 2. 14, D. 8. 1. 319, S. 07. 1. 524 ; 3 juin 1907, *Mon. Lyon*, 3 nov. 1908 ; 11 mars 1909, *Gaz. pal.* du 29 avril 1909 ; 8 juill. 1911, *Gaz. pal.*, 11. 2. 402 ; 24 oct. 1914, *Bull. crim.*, p. 740).

49. — Par contre, la jurisprudence assimile le gérant à l'employé ordinaire à un double point de vue :

1^o Accidents du travail : le gérant est admis au bénéfice de la loi du 9 avril 1898. V. notamment : T. civ. Bernay, 11 janv. 1910, *Gaz. pal.*, 10. 1. 245 ; Riom, 2 juill. 1895, *Gaz. pal.*, 95. 2. 733 ; Aix, 10 mars 1892, *Gaz. pal.*, 93. 2. 714 ; Civ. Gien, 16 juill. 1895, *Gaz. pal.*, 95. 2. 578 ; T. corr. Seine, 29 déc. 1899, *Droit*, 10 janv. 1900 ; Bordeaux, 5 nov. 1906, *Rec. Bord.*, 07. 1. 32.

2^o Cautionnement : le gérant qui verse un cautionnement est un employé au sens de l'article 32, livre I^{er}, Code du Travail, il est donc soumis à la réglementation prévue par la loi (lois du 18 octobre 1917 et 1^{er} février 1928), qui s'applique à « tous ceux qui, à un titre quelconque, engagent leurs services » et a pour but de protéger le cautionnement versé contre les risques d'insolvabilité du patron.

La distinction entre le gérant et le simple employé est une question de fait que les juges du fond apprécient souverainement.

50. — GÉRANCE ET SOCIÉTÉ. — Il y a intérêt à faire la distinction entre ces deux contrats car les règles qui les

régissent sont profondément différentes ; de plus, à l'égard du fisc, les droits applicables ne sont pas les mêmes.

La distinction peut être délicate dans certains cas :

1° quand le gérant n'a droit qu'à une redevance proportionnelle, sans salaire fixe, il y a bien contribution aux pertes mais le gérant est, par rapport au propriétaire du fonds, dans un état de subordination incompatible avec l'idée de société ; « la qualité d'employé, de subordonné reste dominante et implique le droit de rompre l'engagement sans suivre les règles prescrites par la loi pour la dissolution d'une société » (Naquet, *Traité des droits d'en-reg.*, I, 454) ;

2° quand le gérant s'engage à avancer les fonds nécessaires à l'exploitation, on a quelquefois distingué :

a) si les avances doivent être remboursées intégralement par le propriétaire du fonds, il n'y a certainement pas société (Bordeaux, 7 juin 1836, S. 37. 2. 365) ;

b) si au contraire les fonds sont soumis aux risques de l'entreprise, on a soutenu que le contrat était une société. Ce n'est pas nécessairement vrai et les tribunaux devront distinguer suivant les espèces ; il y a bien participation aux pertes mais on ne peut admettre qu'il y a société que dans le cas où il y a collaboration sur un pied d'égalité, sans lien de dépendance qui est caractéristique du contrat de travail.

§ 3. — Cessation du contrat.

Il y a lieu d'appliquer en cette matière les règles ordinaires du louage de services.

51. — CAUSES D'EXTINCTION. — La gérance cesse par les causes suivantes :

1° Mort du gérant.

2° Force majeure : par exemple la destruction de l'établissement à la suite d'un sinistre ; ou encore la maladie du gérant.

3° L'arrivée du terme.

4° La volonté unilatérale de l'une des parties si le contrat a été conclu sans détermination de durée : le commettant ou le préposé peut rompre le contrat à tout moment mais sous une double réserve :

a) la rupture ne doit pas être brusque et on doit tenir compte de l'application du délai-congé ; nous avons vu que, pour le gérant, ce délai devait être plus long que pour l'employé ordinaire. Un arrêt de la Cour de Caen (27 nov. 1925, *Rec. Caen*, 1925-1926. 254) l'a fixé à six mois au lieu du délai d'usage ordinaire d'un mois. Le délai congé cesse toutefois d'être applicable dans les cas prévus par l'article 29 A, livre 1^{er}, Code du Travail (loi du 17 juin 1913) : faute grave, force majeure, état de grossesse apparente et pendant la période d'essai. Dans les autres cas, l'inobservation du délai d'usage pourra donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts mais à condition qu'il y ait eu faute de la part de celui qui rompt le contrat car le seul fait de le rompre brusquement ne constitue pas une faute par lui-même mais l'exercice du droit qu'ont les deux parties de se retirer du contrat à tout moment. V. Cass., 16 et 18 mars 1903, *Gaz. pal.*, 1903. 1. 492, S. 03. 1. 407, D. 03. 1. 127 ;

b) la rupture ne doit pas être abusive, ni injustifiée car

si l'on a le droit de rompre le contrat de travail, on ne peut pas « abuser » de ce droit. Cet abus de droit peut donner lieu à des dommages-intérêts, auxquels les parties ne peuvent pas renoncer à l'avance : « la convention par laquelle les parties liées par un contrat de louage de services sans détermination de durée renoncent à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts est nulle et non avenue ; dès lors, la partie au préjudice de laquelle est rompu un contrat de cette nature peut, malgré une semblable convention, réclamer des dommages-intérêts » (Cass., 15 janv. 1908, D. 08. 1. 123 visant spécialement le gérant). Pourtant ces dommages-intérêts ne sont dus que dans les conditions de l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire seulement s'il y a eu faute et préjudice corrélatif ; ainsi la Cour de Caen (arrêt du 27 nov. 1925 précité) a déclaré que la convenance personnelle du propriétaire du fonds était un motif suffisant de congédiement du gérant.

52. — FAILLITE DU PATRON. — Il faut distinguer deux cas :

1^o *Contrat à durée déterminée* : le failli a manqué à son obligation de conserver le gérant pendant le temps convenu donc le contrat sera résolu contre lui avec allocation de dommages-intérêts ; toutefois, le gérant pour cette indemnité devra produire à la faillite comme créancier ordinaire et sera payé en monnaie de dividende ; en effet, le privilège de l'article 549 du Code de commerce ne protège que son salaire (*suprà*, 46). La résolution pourrait être écartée si le syndic, continuant à exécuter l'obliga-

tion du failli, maintenait le gérant dans ses fonctions (Paris, 17 févr. 1892, D. 94. 2. 1, note Boistel).

2° *Contrat à durée indéterminée* : la faillite justifie le renvoi, donc le gérant ne peut avoir droit à indemnité pour renvoi abusif ; mais elle ne dispense nullement de respecter le délai-congé et le gérant pourrait obtenir des dommages-intérêts pour brusque renvoi.

53. — RÉTABLISSEMENT DU GÉRANT. — Nous avons vu que, pendant la durée du contrat, il est interdit au gérant de faire des opérations commerciales pour son compte ou pour le compte des tiers. Au contraire, après extinction du contrat de gérance, le gérant peut créer sur place une maison similaire et même solliciter les clients du fonds qu'il a géré ; la jurisprudence décide qu'il y a concurrence licite. Il doit seulement s'abstenir de fournir des renseignements mensongers ou de faire une publicité tendancieuse en vue de discréditer l'ancienne maison (Com. Havre, 20 juill. 1927. *Rec. Havre* 1927. 1. 196). Cependant, le contrat pourrait contenir une clause lui interdisant de se rétablir dans certaines conditions, exactement comme dans les cessions de fonds de commerce.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA GÉRANCE A L'ÉGARD DES TIERS

54. — Les effets de la gérance à l'égard des tiers sont déterminés par les règles ordinaires du mandat ; en effet, à l'égard des tiers, le gérant est toujours un mandataire exprès ou tacite. Donc en principe, le gérant ne s'oblige pas personnellement ; les actes qu'il accomplit produisent leurs effets en la personne du propriétaire du fonds.

SECTION I

Pouvoirs du gérant.

55. — **POUVOIR DU GÉRANT. DROIT COMPARÉ.** — Le Code Civil et le Code de commerce ne contiennent aucune disposition relative aux pouvoirs du gérant. Il en est autrement des codes étrangers modernes et principalement des Codes de commerce allemand et italien.

1° *Le Code de commerce allemand*, distingue (art. 49 et s.) : a) Le *Prokurist* ou fondé de pouvoir qui a capacité d'accomplir tous les actes judiciaires et extra-judiciaires relatifs à l'exercice du commerce et n'a besoin d'un man-

dat exprès que pour aliéner et hypothéquer ; toutes les limitations conventionnelles à ses pouvoirs sont inopposables aux tiers, le *Prokurist* signe de la raison de commerce et de son nom en indiquant qu'il agit par procuration. Enfin sa nomination, comme sa révocation sont inscrites au registre du commerce.

b) Le gérant ordinaire peut faire tous les actes rentrant dans l'exercice habituel du commerce mais il lui faut un mandat spécial pour signer les lettres de change, emprunter, agir en justice. En outre, il doit éviter en signant de laisser croire qu'il serait *Prokurist*. Dispositions analogues dans le Code de commerce hongrois (art. 37 à 40, 44 à 48) et le Code suisse des obligations (art. 422, 423, 426, 429).

2° Le Code de commerce italien donne à l'*institore* (*institor* du droit romain) mandat général pour tous les actes nécessaires au commerce avec inopposabilité aux tiers des limitations conventionnelles, à moins que ceux-ci ne les aient connues en contractant. L'*institore* agit au nom du propriétaire du fonds ; il signe du nom de celui-ci accompagné du sien, avec mention qu'il agit par procuration. Enfin il peut ester en justice (art. 370 et s.). Mêmes règles dans le Code de commerce roumain (art. 392, 395, 398, 400, 402 à 404).

56. — PUBLICITÉ DE LA GÉRANCE. — Notre droit n'organise pas la publicité de la gérance ; on peut cependant citer deux dispositions :

1° Loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce, art. 4, 11° qui exige que soient mentionnés au registre :

« les noms de famille, prénoms, date et lieu de naissance, ainsi que la nationalité des fondés de pouvoir » ; l'art. 5, 1^o ordonne en outre d'y inscrire : « tout changement ou modification se rapportant aux faits dont l'inscription sur le registre du commerce est prescrite par l'article précédent ». Or on sait que le registre du commerce ne rend nullement opposables aux tiers les actes qui y sont consignés.

2^o L'article 2005, C. Civ. « la révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire ».

Il n'y a donc pas de publicité régulièrement organisée : en fait on se contente d'envoyer une circulaire aux clients ; on pourrait aussi faire une publication dans un journal d'annonces comme il est d'usage d'en faire pour les locations de fonds (*infra*, 110).

Les codes étrangers sont plus complets :

a) *Code de commerce allemand*, art. 53 : la procuration est inscrite au registre du commerce, ce qui en droit allemand est la publicité légale et rend l'acte inscrit opposable aux tiers (C. comm. all., art. 15, §§ 1 et 2).

a) *Code de commerce italien* (art. 369) : ce code ordonne la transcription de la procuration sur un registre spécial tenu au greffe ; elle est en outre affichée dans la salle d'audiences, la maison commune et la bourse de commerce la plus proche ; enfin le greffier la fait publier par extraits dans le journal d'annonces judiciaires.

e) *Code de commerce hongrois* art. 41 et *Code suisse des*

obligations art. 422 prévoient également une publicité légale.

57. — ETENDUE DES POUVOIRS DU GÉRANT. — Les pouvoirs du gérant sont déterminés par la procuration écrite donnée par le mandant ou à défaut par l'usage. Les tiers pourraient d'ailleurs en faire la preuve par tous les moyens (art. 109, C. comm.). En outre, les juges du fond apprécieront souverainement si tel ou tel acte rentrait dans la limite du mandat.

1° Actes permis au gérant. — D'une façon générale, le gérant peut faire tous les actes nécessaires au commerce, du moins ceux qu'il est d'usage de faire dans la gestion courante d'un fonds.

Il peut notamment :

a) vendre et acheter des marchandises, mais il ne pourrait les livrer à crédit si l'usage de la profession est contraire ; dans ce cas, il engagerait sa responsabilité envers le mandant ;

b) accepter une traite tirée en couverture de marchandises fournies au fonds (Nancy, 25 févr. 1890, D. 90. 2. 347. *Pand. fr.* 91. 2. 5) ;

c) recevoir le prix des marchandises qu'il a vendues.

2° Actes interdits au gérant. — *a)* Il ne peut vendre le fonds, sans un mandat spécial du propriétaire : dans ce cas le propriétaire peut demander la nullité *erga omnes* même si la vente a été régulièrement publiée conformément à la loi du 17 mars 1909, sans que le possesseur puisse lui opposer l'article 2279 du Code civil qui est inapplicable au fonds de commerce, meuble incorporel (Civ. 26 janv. 1914, D. 14. 1. 112) ;

b) ni le donner en nantissement, car ce serait faire acte de disposition, le créancier pouvant éventuellement faire vendre le fonds ;

c) il ne peut pas non plus emprunter, car ce n'est pas un acte ordinaire de gestion (Rennes, 4 nov. 1924. *Gaz. pal.* 25. 1. 217) ;

d) il ne peut pas davantage donner caution ; un tel acte est en dehors des opérations ordinaires de gestion d'un fonds de commerce (Paris, 11 janv. 1928. D. H. 1928, n° 18, p. 279).

SECTION II

Cas dans lesquels le propriétaire du fonds est obligé.

58. — Le mandant se trouve engagé en vertu de trois causes différentes :

1° *La représentation* : les obligations contractuelles contractées par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs produisent leurs effets en la personne du mandant et le rendent seul créancier ou débiteur (art. 1998, 1°, C. civ.). En outre, le mandant peut être obligé par l'acte excessif du mandataire, en vertu des règles de la gestion d'affaires (art. 1375, C. civ.).

2° *La faute du mandant* : il faut faire une distinction :

a) il y a des cas où il n'est obligé que si sa faute est prouvée : il est tenu par les actes du mandataire accomplis en dehors des limites du mandat si, par sa faute, les tiers ont pu croire que le mandataire agissait régulièrement ;

b) dans d'autre cas, sa faute est présumée par la loi : il est responsable des délits et quasi-délits du gérant (art. 1384, 3^o et 1998 du C. civ.).

3^o *La loi* : le mandant est tenu dans les limites de l'enrichissement sans cause que lui a procuré l'acte irrégulier du mandataire.

59. — 1^o *La représentation*. — Le mandataire oblige le mandant en traitant au nom de celui-ci, dans les limites du mandat reçu mais il ne s'oblige pas personnellement à moins de traiter en son nom propre ; les juges du fond apprécieront souverainement s'il a agi en son nom ou au nom du mandant. Ainsi le gérant d'un moulin qui a, pour le compte du propriétaire, effectué des achats de blé ne peut pas être poursuivi en paiement du prix par les fournisseurs (Req., 10 févr. 1925, S. 25. 1. 179).

60. — 2^o *Actes du mandataire excédant ses pouvoirs*. — L'acte excessif du mandataire n'engage pas en principe le mandant car c'est pour celui-ci une *res inter alios acta* ; il y est resté étranger et l'acte lui est inopposable sans même qu'il ait à en demander la nullité (V. Aubry et Rau, 5^e édit., t. VI, § 415, p. 183, notes 5 et 6).

Le mandant peut cependant se trouver obligé dans cinq cas :

a) il a ratifié l'acte : or, la ratification équivaut au mandat ; elle peut être expresse ou tacite (art. 1998, 2^o, C. civ.) ;

b) il a commis une faute en laissant croire aux tiers que le gérant avait pouvoir pour accomplir l'acte ; le tiers

induit en erreur a subi un préjudice et a droit à réparation. Ainsi, le mandant sera obligé si « par les termes obscurs de la procuration, par ses agissements ou, d'une façon plus générale, par sa faute, il a donné aux tiers susceptibles de traiter avec le mandataire une idée fausse des pouvoirs de ce dernier » (Cass., 11 janv. 1928, D. H. 28, p. 279). Il faut cependant que le tiers ait pu vraisemblablement croire que l'acte rentrait dans les limites du mandat ; il faut donc que cet acte soit conforme au rôle et aux fonctions du gérant. Ainsi, le tiers à qui le gérant a souscrit des effets de complaisance ne saurait en réclamer le paiement au propriétaire du fonds ; mais celui-ci serait tenu à l'égard des tiers porteurs en vertu du principe de l'inopposabilité des exceptions et parce que ces tiers porteurs sont fondés à croire que le gérant a agi régulièrement (Nancy, 25 févr. 1890, D. 90. 2. 347). De même le tiers à qui le gérant aurait vendu le fonds ou l'aurait donné en nantissement ; ou celui à qui il aurait fait un emprunt ou donné caution (Paris, 11 janv. 1928 précité, v. *supra* 57. V. aussi : Rennes, 4 nov. 1924, *Gaz. pal.*, 25. 1. 217 ; Tr. civ. Grand-Bassam, 16 fév. 1920, *Gaz. pal.*, 20. 2. 297 ; Com. Narbonne, 12 déc. 1913, *Gaz. pal.*, 14. 1. 241 ; Cass., 17 mai 1903, *Gaz. pal.*, 03. 2. 252 ; 11 avril 1876, D. 79. 1. 164 ; 13 févr. 1883, D. 84. 1. 80 ; 23 nov. 1903, *Gaz. pal.*, 03. 2. 632 ; 2 avril 1904, *Gaz. pal.*, 04. 1. Table, v° Mandat, 13).

3° Le propriétaire du fonds est tenu dans la limite de l'enrichissement sans cause qu'il a tiré de l'acte : ainsi il peut être obligé jusqu'à concurrence de la plus-value procurée au fonds par les marchandises achetées irrégulière-

ment par le gérant (Com. Seine, 29 oct. 1927, *Gaz. pal.*, 28. 2. 401, sous-note c).

4° Enfin il serait obligé si l'on pouvait admettre que le gérant avait agi en l'espèce comme gérant d'affaires.

61. — 3° *Délits et quasi-délits du gérant.* — Le propriétaire du fonds est responsable des délits et quasi-délits du gérant, à la fois comme commettant et comme mandant :

a) comme commettant : c'est l'application de l'article 1384, 3° du Code civil (T. corr. Meaux, 3 févr. 1926, *Gaz. pal.* du 14 sept. 1926. Lalou, Resp. civ., n° 489) ;

b) comme mandant : c'est le principe posé par la Cour de cassation (Req. 2 fév. 1910, D. 10. 1. 72) qui a admis que le mandant est responsable des conséquences des délits et quasi-délits de son mandataire opérant dans les limites de son mandat et peut être condamné solidairement avec lui ; dans ce cas, son obligation se fonde sur l'article 1998, 2° du Code civil.

La jurisprudence a même été quelquefois plus loin en admettant, dans certains cas, la responsabilité pénale du propriétaire. C'est ce qu'a décidé notamment le tribunal correctionnel de Brest (8 déc. 1922, D. 23. 2. 134) : « le principe suivant lequel on n'est responsable pénalement que de sa propre faute comporte une dérogation à l'égard de ceux qui exercent une profession régie par des lois spéciales, comme la loi sur les fraudes, ou par des règlements de police qui les rendent passibles des peines édictées, que l'infraction résulte d'un fait personnel ou ait été commise par leurs préposés ». Faisant application de ce

principe, le tribunal a décidé « qu'un laitier est responsable pénalement du délit de mouillage du lait qu'il a mis en vente, même s'il n'a pas participé au mouillage pratiqué par son préposé » (loi du 1^{er} août 1905, art. 1 et 3). Solution d'ailleurs critiquable en l'espèce car la loi de 1905 ne « réglemente » pas une profession mais est applicable à tout le monde ; de plus, le législateur a voulu subordonner le délit à l'intention frauduleuse (V. aussi Nancy, 2 nov. 1926, *Gaz. pal.* du 25 janv. 1927).

SECTION III

Cas dans lesquels le gérant s'oblige personnellement.

62. — Le gérant s'oblige personnellement dans tous les cas où il n'agit pas dans l'accomplissement régulier du mandat qu'il a reçu.

1^o Le gérant a agi pour son compte personnel : ainsi, le propriétaire n'est pas obligé « lorsqu'un fournisseur a vendu des marchandises au gérant, sachant, par la publicité de fait qui a eu lieu, que celui-ci était sur le point d'exploiter à son profit personnel le fonds de commerce pour lequel il avait promesse de vente » (Comm. Havre, 18 fév. 1925, D. 25. 2. 104 ; *Gaz. pal.*, 25. 1. 687).

2^o Le gérant a agi en dehors des limites de ses pouvoirs : il ne s'oblige pas personnellement puisqu'il n'a pas traité en son nom propre mais il doit garantie à son cocontractant en raison de la faute qu'il a commise envers lui en laissant croire que son acte était régulier. Donc, il cesse

d'être responsable s'il a indiqué au tiers l'étendue de son mandat ; le tiers sachant l'acte irrégulier agit à ses risques et périls (art. 1997, C. civ.). Par contre, il serait tenu s'il s'était porté fort de la ratification de l'acte par son mandant.

3° Le gérant s'oblige par ses délits et quasi-délits (Req. 12 nov. 1907, D. 08. 1. 87, S. 10. 1. 498 ; 11 mai 1909, D. 10. 1. 47, S. 10. 1. 500) (sur la responsabilité du propriétaire du fonds., v. *suprà*, 61). Ainsi, il est responsable s'il a pu faire croire aux tiers non avertis qu'il agissait en son nom propre, non en celui du propriétaire (Paris, 3 déc. 1902, S. 04. 2. 389 note Wahl ; Req., 10 fév. 1923, S. 23. 1. 179). Le tribunal de commerce sera compétent pour connaître de l'action des tiers contre le gérant à l'occasion des délits et quasi-délits de celui-ci, en vertu d'une jurisprudence constante en matière de délits commerciaux (Req., 3 mai 1892, D. 94. 2. 202).

4° Le gérant est obligé personnellement s'il a agi comme prête-nom du propriétaire.

63. — LE PRÊTE-NOM. — La convention de prête-nom produit *inter partes* les mêmes effets que le mandat proprement dit ; le prête-nom a contre le mandant les mêmes recours qu'un mandataire ordinaire (Cass., 3 mai 1893, S. 97. 1. 487). Mais à l'égard des tiers, le prête-nom agit pour son propre compte : il est donc tenu personnellement. Ainsi les tiers ont une double action :

1° contre le prête-nom qui est leur seul débiteur direct (Paris, 8 déc. 1869, *Journ. tr. com.*, 70, p. 446 ; 23 nov. 1860, *Journ. tr. com.*, 61, p. 77) ;

2° contre le mandant, ils ont l'action oblique de l'article 1166 du Code civil (Paris, 2 déc. 1865, *Journ. tr. com.*, 66, p. 404) et l'action *de in rem verso* dans les limites de l'enrichissement procuré sans cause au propriétaire du fonds (Req., 5 mai 1879, D. 79. 1. 463).

Du fait que le prête-nom traite en son nom personnel, il résulte qu'il est commerçant (Rennes, 2 mai 1895, *Jur. de Nantes*, 95. 1. 271); le mandant l'est également car c'est lui qui fait l'affaire et parce que ses rapports de droit avec son prête-nom sont de nature commerciale. Il pourra donc y avoir deux faillites simultanées (V. note Percerou, D. 1910. 1. 233; Thaller et Percerou, *Faillites*, I, p. 106, n° 2; Lyon-Caen et Renault, I, n° 205).

CHAPITRE III

LA GÉRANCE AU POINT DE VUE FISCAL

64. — 1° *Gérance par acte authentique.* — La gérance étant un « marché », au sens fiscal, est soumise au droit d'enregistrement établi par la loi du 22 frimaire an VII, article 69, § 3, n° 1 ; ce droit de 1 0/0 en principal, s'élève avec les décimes à 1,50 0/0. Il est dû sur la rémunération totale stipulée dans le contrat au profit du gérant ; cette rémunération, nous l'avons vu, peut comprendre un salaire fixe, des avantages en nature, un pourcentage sur le chiffre d'affaires ou sur les bénéfices. Les avantages en nature sont taxés d'après la déclaration estimative fournie par les parties (loi de frimaire an VII, art. 16) ; le pourcentage également mais l'administration peut exiger un supplément de droit si elle prouve que l'évaluation fournie a été dépassée (Cass., 12 janv. 1897, S. 98. 1. 49 ; Instr. gén. de l'enreg. 2935, § 5).

65. — 2° *Gérance verbale.* — Le droit de 1,50 0/0 étant un droit d'acte, n'est pas dû si les parties n'ont pas dressé d'écrit.

66. — 3° *Gérance par acte sous seings privés.* — De plus, il y a lieu d'appliquer la loi du 11 juin 1859 (art. 22) :

si l'acte est sous seings privés et ne contient pas de dispositions indépendantes (*infra*, 67), il n'y a pas de délai obligatoire d'enregistrement (loi du 29 juin 1918, art. 12) ; si l'acte est présenté volontairement à l'enregistrement, seul le droit fixe de 22 fr. 50 doit être perçu ; il y a dispense provisoire de droit proportionnel ; celui-ci n'est dû que si l'acte est constaté par jugement ou relaté dans un acte authentique.

Par contre, l'acte ne doit pas profiter de la dispense des droits de timbre et d'enregistrement accordée par les lois des 2 juillet 1890 et 26 décembre 1908 pour les contrats de louage passés entre patron et ouvrier, car ces textes sont exceptionnels et ne visent que l'ouvrier seulement (Tr. civ. Pontoise, 20 janv. 1914, *Rev. de l'enreg.*, 6. 109).

67. — DISPOSITIONS INDÉPENDANTES DE LA GÉRANCE. GARANTIES CONVENTIONNELLES. — 1^o *Caution*. — Cette clause est soumise au droit prévu sur les cautionnements de sommes et objets mobiliers (loi de frimaire an VII, art. 69, § 2, 8^o) de 0,50 0/0, c'est-à-dire avec les décimes 0,75 0/0 sur le montant de l'obligation garantie, mais sans pouvoir dépasser le droit dû sur celle-ci. Aussi la jurisprudence admet-elle qu'en cas de gérance sous seings privés, le droit de cautionnement sera provisoirement réduit à 22 fr. 50 (Tr. civ. Seine, 26 déc. 1874, *Rép. périod. de Garnier*, 4017 et *Journal de l'enreg.*, 19. 673 ; 22 août 1898, *Rev. de l'enreg.*, 1. 738 et *Journ. enreg.*, 25. 5. 97). Cette solution est d'ailleurs combattue par l'administration qui oppose que la seule limite est celle du droit proportion-

nel, l'admission au droit fixe étant une faveur provisoire et que le cautionnement d'un acte de commerce est un acte civil donc ne doit pas profiter de la loi de 1859.

68. — 2° *Nantissement de fonds*. — Cette garantie est soumise au droit de 0,05 0/0 (loi du 17 mars 1909, art. 34) porté à 0,06 0/0 avec les décimes sur le capital de la créance, c'est-à-dire sur la rémunération totale du gérant calculée comme ci-dessus ou sur le montant du cautionnement fourni si le nantissement est destiné à en garantir la restitution.

69. — 3° *Hypothèque*. — Si elle est fournie par l'une des parties dans l'acte, il n'est dû aucun droit ; ceci suppose donc une gérance par acte authentique puisque seul un tel acte peut contenir une constitution d'hypothèque, art. 2127, C. civ. Si elle est donnée par acte séparé, celui-ci est soumis au droit fixe de 22 fr. 50. Enfin si elle est consentie par un tiers, elle équivaut à un cautionnement et donne ouverture au droit de 0,75 0/0 mentionné ci-dessus (Maguéro, *Traité alphab. des droits d'enr.*, 2^e éd., v° Affectation hypothécaire, n° 12).

70. — 4° *Dépôt de garantie ou cautionnement*. — Si le dépôt est fait en valeurs mobilières par l'une des parties, il est exempt de droit et considéré comme disposition dépendante (Cass., 30 juill. 1873, D. 75. 1. 65, S. 73. 1. 480). Toutefois, s'il est fait entre les mains d'un tiers, on percevra le droit fixe de 22 fr. 50 si le tiers intervient dans l'acte de gérance pour reconnaître le dépôt. Si enfin

il est fourni par un tiers, on percevra le droit de cautionnement de 0,75 0/0.

71. — Le dépôt peut également être fait en argent : il est alors soumis au droit ordinaire des obligations de sommes, c'est-à-dire 1,50 0/0 avec les décimes (loi de frimaire an VII, art. 69, § 3, 3^o) à condition toutefois que la disposition soit indépendante de tout autre contrat car dans ce cas, le contrat principal serait seul imposable ; par exemple si le dépositaire recevait mandat d'employer les fonds.

72. — Le cautionnement peut être remis par l'une des parties à l'autre. Il faut alors distinguer :

a) les fonds sont remis par le propriétaire au gérant : si celui-ci en a la libre disposition à charge de les rendre en fin de gérance, il contracte une obligation de somme soumise au droit proportionnel de 1,50 0/0. Mais si au contraire, il était chargé de les employer dans un but déterminé (réparations par exemple), il y aurait mandat donnant seulement ouverture au droit fixe de 22 fr. 50 ;

b) si c'est le gérant qui verse le cautionnement entre les mains du propriétaire, le droit de 1,50 0/0 est toujours dû.

73. — Le dépôt peut être confié à un tiers et alors ou bien celui-ci intervient à l'acte et le droit de 1,50 0/0 est exigible car il contracte une obligation de somme, ou bien il y reste étranger et c'est un simple mandat astreint seulement au droit fixe de 22 fr. 50.

74. — Enfin le cautionnement peut être versé par un tiers : le droit de 1,50 0/0 n'est alors dû que si l'acte mentionne le dépôt pour reconnaître la dette du dépositaire envers le déposant et fournir un titre à celui-ci, sans préjudice du droit dû pour le dépôt lui-même par le gérant ou le propriétaire du fonds.

75. — CESSION DE GÉRANCE. — *a)* Si la cession est faite sans stipulation de prix au profit du cédant, l'administration ne perçoit que le droit fixe de 22 fr. 50 à condition que rien ne soit changé aux clauses du contrat primitif. Sinon, il y a nouveau contrat et perception d'un second droit.

b) Si la cession est faite moyennant un prix : l'administration percevra le droit de 6,60 0/0 avec les décimes prévu par la loi du 13 juillet 1925 (art. 43) (V. Cass., 8 mai 1882, *Instr. de l'enreg.*, 2. 673, § 4 ; Civ. Seine, 13 avril 1893, *Journ. de l'enreg.*, 24. 134).

La cession étant un acte civil, la loi du 11 juin 1859 ne lui est jamais applicable.

Si, outre la cession de gérance, le contrat comprenait celle d'une clientèle nouvelle procurée au fonds par l'activité propre du gérant, cette partie du contrat est une disposition indépendante de la cession du contrat primitif, donc soumise au droit de 9 0/0 sans décimes sur le prix de la cession de clientèle (loi du 4 avril 1926, art. 30).

76. — RÉSILIATION DE GÉRANCE. — La résiliation pure et simple ne donne ouverture qu'au droit fixe de 22 fr. 50. La résiliation moyennant indemnité est soumise au droit

de 0,75 0/0 avec décimes si l'acte en constate le paiement (loi de frimaire an VII, art. 69, § 2, 8°) et de 1,50 0/0 décimes compris si l'indemnité est payable à terme (loi de frimaire an VII, art. 69, 3° : droit ordinaire des obligations de sommes).

DEUXIÈME PARTIE

LA LOCATION DU FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE PREMIER

COMPARAISON AVEC LA GÉRANCE PROPREMENT DITE

77. — Comme nous l'avons vu, la location du fonds produit des effets profondément différents de ceux de sa simple mise en gérance : en effet, tandis que le propriétaire du fonds est responsable de son gérant, il n'est pas tenu des engagements contractés par son locataire, car le gérant traite au nom du propriétaire, le locataire au contraire agit pour son compte personnel. Nous verrons cependant que si ce principe est absolu dans les rapports entre les parties, il n'est opposable aux tiers que si l'acte de location a été porté à leur connaissance. Dans ce cas, le bailleur n'est pas personnellement débiteur du prix des marchandises vendues au locataire ; au contraire, le propriétaire du fonds est tenu du prix de celles achetées par son gérant car les actes passés par le mandataire dans l'accomplissement du mandat produisent leurs effets dans la personne du mandant.

78. — Le fonds de commerce n'est pas exploité pour le compte de son propriétaire, celui-ci n'est donc pas commerçant. Il s'ensuit que :

1° seul le locataire peut être déclaré en faillite car

celle-ci ne saurait frapper un non-commerçant (sur les droits du bailleur en cas de faillite du preneur, v. *infra*, 117);

2° le preneur seul doit avoir la capacité requise pour faire le commerce; donc le mineur non habilité à faire le commerce peut être propriétaire d'un fonds de commerce à condition de ne pas l'exploiter pour son propre compte mais en le donnant à bail (v. *infra*, 84). De même, les personnes dont la profession est incompatible avec l'exercice d'un commerce peuvent être propriétaires d'un fonds sans l'exploiter elles-mêmes et en le louant à un tiers. La jurisprudence a même admis que le bailleur ne devenait pas commerçant s'il exploitait provisoirement le fonds pendant un intérim, pour en éviter le dépérissement (Comm. Seine, 24 août 1852, *Journ. tr. com.*, 52. 443).

79. — Il existe en outre entre la location et la gérance quelques autres différences :

1° Immeubles par destination : le gérant agissant au nom du propriétaire peut faire des immeubles par destination dans les conditions des articles 522, 524 et 525 du Code civil à condition toutefois que le propriétaire du fonds soit en même temps propriétaire de l'immeuble. Au contraire, les meubles placés dans les locaux par le locataire ne deviennent jamais immeubles par destination même s'ils sont nécessaires à l'exploitation et s'ils sont directement affectés au service de l'immeuble. Supposons par exemple un immeuble bâti spécialement pour faire un hôtel meublé : le mobilier qu'y place le propriétaire est immeuble par destination ; celui qu'y introduit le loca-

taire reste meuble. Il n'en serait peut-être autrement que si le locataire avait agi d'accord avec le propriétaire et avec son autorisation (V. pour le copropriétaire Req., 15 juill. 1867, D. 68. 1. 269).

2° Enregistrement : la gérance est soumise en principe au droit proportionnel de 1,50 0/0 ; mais si l'acte est sous-seings privés et ne contient aucune disposition indépendante, il n'y a pas de délai déterminé pour le faire enregistrer et, s'il est volontairement présenté à cette formalité, l'administration ne perçoit provisoirement que le droit fixe de 22 fr. 50. Nous verrons au contraire (*infra*, 118 et s.) que la location du fonds donne ouverture à un droit de 0,72 0/0 sur le total des redevances et que l'acte doit être enregistré dans un délai maximum de trois mois.

80. — La distinction entre les deux contrats sera le plus souvent une question de fait. On s'attachera naturellement à la question de responsabilité de l'exploitation et, à défaut de stipulation expresse ou suffisamment explicite dans le contrat, on pourra rechercher qui paie les impôts afférents à l'exploitation du fonds (patente, bénéfices commerciaux, chiffre d'affaires) et décider qu'il y a location s'ils sont payés par l'exploitant de fait et non par le propriétaire. La distinction peut être faite souverainement par les juges du fond qui pourront restituer aux conventions leur caractère intrinsèque et véritable (Paris, 24 mars 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 20 ; V. Dalloz, *Nouv. C. civ. ann.* sous l'art. 1167, nos 465 et s.). Si donc les parties ont déclaré conclure une mise en gérance, le tribunal pourra

décider que c'est une location (Com. Seine, 22 nov. 1923. Loi du 23 janv. 1924, *Journ. tr. com.*, 1925. 184). Il pourra alors y avoir lieu à sanction fiscale et perception d'un supplément de droit, sans préjudice des pénalités prévues en cas de fraude ou de défaut d'enregistrement de l'acte.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONTRAT

81. — NATURE DU CONTRAT. — Deux questions se posent à ce sujet : la location de fonds de commerce est-elle un louage de meuble incorporel ou un louage de biens meubles et immeubles pris individuellement ? Est-ce un acte civil ou un acte de commerce ?

1° Est-ce un louage de meuble incorporel ? Oui dans l'opinion admise le plus généralement car le fonds est considéré comme une universalité juridique, donc un meuble incorporel ; on appliquera au contrat les règles établies par le Code civil. Mais celui-ci s'occupe avant tout des immeubles ; il faudra donc écarter ses dispositions en cas d'incompatibilité avec la location de fonds de commerce. Ce système de l'universalité du fonds de commerce, combattu d'ailleurs par quelques auteurs (notamment Thaller, n° 79 à 89), subit quelques atteintes dans la pratique :

a) On se demande si les marchandises sont comprises dans le bail du fonds ; en fait, elles font le plus souvent l'objet d'une vente annexe (*infra*, 85) ;

b) d'après l'administration de l'enregistrement, le locataire d'un fonds de commerce est pour partie locataire ou

sous-locataire d'immeuble, suivant que les locaux appartiennent ou non au propriétaire du fonds (*infra*, 118 et s.);

c) d'après la jurisprudence, si le propriétaire du fonds n'est pas en même temps propriétaire des locaux et si son bail contient interdiction de céder ou sous-louer, cette clause fait obstacle à la location du fonds (*infra*, 85).

2° La location d'un fonds de commerce est-elle civile ou commerciale? Il faut distinguer suivant qu'on envisage l'acte du côté du bailleur ou du côté du preneur :

a) Le locataire fait dans tous les cas acte de commerce ; le fait de prendre à bail un fonds le rend commerçant, s'il ne l'est déjà, donc l'acte est commercial parce qu'accessoire à son commerce ;

b) quant au bailleur, s'il est commerçant, l'acte est aussi commercial par accessoire ; par contre, s'il n'est pas commerçant (mineur par exemple), l'acte reste civil. Dans ce dernier cas, la location est un acte mixte, commercial pour le preneur, civil pour le bailleur (sur les conséquences de ce caractère, *suprà*, 17 ; pour la compétence, v. en outre : Paris, 24 août 1866, *Journ. tr. com.* 67. 408). Remarquons que si le bailleur avait acheté le fonds en vue de la louer, son acte serait commercial par nature (art. 632-1°, C. com.) ; de même, s'il l'avait lui-même pris à bail pour le sous-louer.

83. — CAPACITÉ. — 1° *Capacité du bailleur.* — Le bail est un acte d'administration ; peuvent donner à bail un fonds de commerce les administrateurs légaux, conventionnels ou judiciaires : le mari (art. 1429 et 1430), le tuteur (art. 1718), l'usufruitier (art. 595), l'acheteur à

rémeré (art. 1673), le mineur émancipé (art. 481), la femme séparée de biens. Cependant un bail de longue durée prend des analogies avec un acte de disposition; aussi la loi a-t-elle réduit dans certains cas la capacité de donner à bail : le mari, le tuteur et l'usufruitier ne peuvent louer que pour neuf ans et le bail de plus de neuf ans pourra être réduit à cette durée quand le propriétaire sera redevenu maître de ses droits. Il faut en outre tenir compte de l'annulation pour fraude de l'article 1167 du Code civil : les tiers pourront faire annuler les baux frauduleux qui porteraient atteinte à leurs droits.

2° *Capacité du preneur*. — Le preneur doit avoir capacité de faire le commerce, puisqu'il devient commerçant, s'il ne l'est déjà (*suprà*, 78).

84. — FONDS DE COMMERCE APPARTENANT A UN MINEUR. — La propriété d'un fonds de commerce ne rend pas le mineur commerçant (Thaller, n° 92; Boutaud et Chabrol, Fonds de commerce, n° 8; *Ann. dr. com.* 1894. 241; Lyon-Caen et Renault, I, 221). Si le mineur a son père ou sa mère, le fonds est soumis à l'usufruitier légal et seul l'usufruitier légal est commerçant. Mais dans le cas contraire, notre loi n'admet pas que le tuteur puisse gérer le fonds au nom du pupille car, le tuteur représentant le mineur, celui-ci deviendrait commerçant et serait exposé à la faillite; plusieurs lois étrangères reconnaissent cependant ce droit au tuteur avec autorisation du conseil de famille et homologation par le tribunal (loi belge du 15 déc. 1972, art. 8; Codes de comm. italien, art. 12; roumain, art. 13; espagnol, art. 5).

Toutefois un arrêt de la Cour d'Alger du 4 avril 1891 (S. 92. 2. 16) a admis que, si le tuteur ne peut pas entreprendre pour le compte de son pupille un commerce nouveau, il pouvait continuer l'exploitation d'un commerce préexistant échu au pupille, par exemple à titre successoral.

Mais en règle générale, la doctrine et la jurisprudence repoussent une telle solution ; elles autorisent la location du fonds à un tiers ou même au tuteur qui doit alors se faire autoriser par le conseil de famille (art. 450, 3^o du C. civ.). En réalité, il arrive souvent que le tuteur gère le fonds de commerce échu au mineur sous figure de le liquider ; ou bien l'on présente requête au président du tribunal civil pour obtenir la nomination d'un administrateur provisoire (V. Lacoïn, *Des administrateurs commis par justice*, p. 273).

85. — OBJET DU CONTRAT. — La location porte sur le fonds de commerce pris dans son ensemble : droit au bail, clientèle, nom commercial, brevets et marques de fabrique, matériel ; mais la jurisprudence en exclut généralement les marchandises.

1^o Droit au bail. — Il est essentiel que la location du fonds comprenne le droit au bail car si le bail est résolu ou prend fin, le locataire ne pourra plus exploiter le fonds et sera évincé ; si le bail est près de finir, le bailleur du fonds peut, en louant celui-ci, s'engager à en obtenir le renouvellement, à peine de dommages-intérêts (Com. Seine, 24 oct. 1882, *Journ. tr. com.*, 1883. 118).

Nous avons vu que, si le propriétaire du fonds n'est pas

en même temps propriétaire des locaux, la jurisprudence considère le locataire du fonds de commerce comme cessionnaire du bail ou sous-locataire de ces locaux. Donc, si la clause interdisant de céder ou de sous-louer ou exigeant pour cela le consentement du propriétaire autorise la mise en gérance proprement dite, car la personne du locataire ne change pas, elle fait obstacle à la location du fonds (Com. Seine, 2 févr. 1928, *Gaz. pal.*, 28. 1. 406 ; Paris, 24 mars 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 20 ; Cass., 5 mars 1928, *Gaz. pal.*, 28. 1. 776). En pratique, il y a souvent une cession de bail indépendante ; ou, si le bailleur du fonds est propriétaire des locaux, il fait un bail séparé pour ceux-ci et pour la même durée que le bail du fonds.

2° *Nom commercial*. — Pour éviter les confusions à l'égard des tiers, le locataire fera bien d'ajouter au nom du bailleur son propre nom en indiquant qu'il est successeur ; en fait, on voit souvent aussi la mention : « Maison X., Y. gérant responsable ». Par contre, si le propriétaire du fonds exploitait un produit sous un nom, le locataire peut en continuer l'exploitation sous le même nom (Cass., 21 juill. 1890, S. 91. 1. 19).

3° *Brevets et marques de fabrique*. — La Cour d'Orléans, dans un arrêt du 13 juillet 1892 (D. 93. 2. 329, note Planiol ; S. 95. 1. 246, note Wahl) a décidé que la cession de jouissance d'un brevet pour un temps déterminé n'est pas une vente mais bien un louage, mais seulement si elle est accompagnée de conditions restrictives, comme l'interdiction de poursuivre les contrefacteurs ou de céder à un tiers le bénéfice de la cession.

4° *Marchandises*. — La difficulté vient de ce que ce sont

des choses consommables, donc non susceptibles d'être louées. Si l'on admet l'universalité juridique du fonds de commerce, la question ne se pose pas car les marchandises sont considérées comme faisant partie d'un tout indivisible et il n'y a pas lieu de tenir compte de leur nature particulière. Ce n'est pas l'opinion de la jurisprudence : les marchandises ne peuvent être comprises dans la location du fonds de commerce (Paris, 10 déc. 1852, *Journ. tr. com.*, 1853. 98). En pratique, elles font l'objet d'une vente séparée au preneur ; en fin de bail, celui-ci revendra les marchandises existantes au propriétaire du fonds.

86. — L'objet du contrat doit être licite ; cela exclut les maisons de jeu et les maisons de tolérance (Paris, 30 déc. 1839, S. 40. 2. 121 ; Lyon, 11 juill. 1861, S. 63. 2. 165 ; Caen, 24 juill. 1874, D. 75. 2. 127, S. 75. 2. 298 ; Civ. Nice, 20 mai 1889, *Gaz. tr.*, 6 juill. 1889 ; Bourges, 13 juin 1889, D. 89. 5. 329 ; Alger, 15 nov. 1893, D. 94. 2. 528, S. 94. 2. 211). De plus, il faut tenir compte des quelques restrictions que nous avons signalées en matière de gérance proprement dite (pharmacie, débit de boissons, *suprà*, 14 et s.).

87. — PREUVE DU BAIL. — Les règles spéciales de preuve édictées par le Code civil (art. 1715 et 1716) sont inapplicables en matière de location de fonds de commerce ; la preuve peut être faite par tous moyens comme en matière commerciale (art. 109, C. com.).

88. — UTILITÉ PRATIQUE DE LA LOCATION D'UN FONDS. — Très répandue aujourd'hui, elle est très pratique lorsque le

propriétaire d'un fonds de commerce désire, pour une raison ou pour une autre, se retirer des affaires, mais, ou bien veut se réserver la possibilité d'y rentrer plus tard, ou bien ne veut pas vendre son fonds pour ne pas payer les droits de cession actuellement fort élevés, puisqu'ils sont de 9 0/0 (L. 4 avril 1926, art. 30, D. 26. 4. 145 ; Décr. codif. enreg. 28 décembre 1926, art. 271, § 17, D. 27. 4. 50 et s.) et augmentés de 7 0/0 en cas de première mutation postérieure au 3 août 1926 (L. 3 août 1926, art. 18, D. 26. 4. 297 ; Décret précité, 34). S'il n'a pas besoin de son capital, il a tout intérêt à louer le fonds à un tiers qui sera seul responsable de son exploitation ; les loyers qu'il touche représentent l'intérêt de son argent, tout comme s'il avait vendu le fonds, puis placé le prix d'une façon quelconque.

Elle peut servir également à celui qui, désireux d'acheter un fonds, veut, avant d'en devenir définitivement acquéreur, se rendre un compte exact de ses ressources, de ses possibilités d'avenir, etc... Dans ce cas, la location est accompagnée d'une promesse de vente au profit du preneur. Il n'y a pas alors à faire de publication si la promesse est unilatérale ; la vente sera publiée lors de sa réalisation, l'opération est parfaitement régulière du moment qu'il y a promesse de vente pour un prix déterminé, complètement indépendant des loyers (Com. Marseille, 26 mars 1912, *Gaz. com. Lyon*, 29 mai 1912 ; Com. Havre, 30 juillet 1928, *Gaz. pal.*, 28. 2. 563) ; elle est donc complètement différente de la gérance-vente (*infra*). Si, au contraire, il y avait promesse synallagmatique et

translative de vente, il faudrait la publier immédiatement, comme vente conditionnelle.

La location de fonds peut encore être utile dans certaines hypothèses particulières ; par exemple :

1° Bail du fonds appartenant à un mineur (*suprà*, 84).

2° Bail du fonds de commerce du failli, passé par le syndic avec l'autorisation du juge commissaire (Thaller, n° 1803).

3° Une société manque de fonds pour continuer son exploitation ; au lieu d'augmenter son capital ou d'émettre des obligations ou enfin de recourir à la liquidation, elle loue le fonds qu'elle exploitait à une autre société constituée spécialement en vue de cette opération et qui lui versera comme contre-partie une part des bénéfices (Corbiau, *Revue pratique des sociétés*, 1901, p. 65 ; *Journ. des soc.*, 1901, p. 275 ; Boutaud et Chabrol, *op. cit.*, p. 449).

4° Le propriétaire d'un journal peut en louer l'exploitation pour un certain temps, moyennant une redevance déterminée (Lyon, 22 mars 1890, *Mon. Lyon*, 1^{er} mai 1890).

5° Le titulaire d'un bureau de tabac cède sa gérance à un tiers : l'enregistrement y voit une location (Garnier, *Rép. gén. enreg.*, 7^e éd. v° *Bail*, n° 18) ; au contraire, la Régie décide que c'est une vente (Tr. civ. Seine, 25 janv. 1902, S. 04. 2. 287, note Wahl ; Req. 13 mars 1905, *Gaz. trib.*, 15 mars 1905).

CHAPITRE III

EFFETS DU CONTRAT INTER PARTES

SECTION I

Obligations du bailleur.

89. — L'article 1719 du Code civil dit : « Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1° De délivrer au preneur la chose louée ;

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;

3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ».

90. — 1° *Obligation de délivrance.* — Le bailleur doit « délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce » (art. 1720, C. civ.) et spécialement les locaux et le matériel ; il doit même, sauf clause contraire, procurer au preneur les accessoires nécessaires à l'exploitation (Baudry et Wahl, Louage, I, 291 ; Caen, 25 août 1875, S. 76. 2. 40).

Le bailleur doit donc remettre les locaux au preneur

afin que celui-ci puisse s'y installer ; accessoirement à la délivrance, on dresse le plus souvent un état des lieux et du matériel ; à défaut, le preneur est présumé avoir reçu en bon état.

La délivrance doit comprendre les livres de commerce : ceux-ci sont en effet nécessaires au preneur pour savoir exactement où en est l'exploitation. Elle doit aussi comprendre accessoirement les lettres adressées au nom du propriétaire car les tiers continuent souvent à écrire à ce nom pour les rapports d'affaires ; mais, naturellement, les lettres personnelles seront remises directement au bailleur ; en cas de contestation, les juges du fait détermineront souverainement dans chaque espèce qui est le destinataire. Enfin le bailleur doit indiquer au locataire les habitudes commerciales de la maison, ainsi que les procédés de fabrication et de vente, s'il y a lieu ; il doit également le recommander à la clientèle et aux fournisseurs.

91. — 2° *Obligation d'entretien.* — Le bailleur doit entretenir le fonds en bon état (locaux, matériel) ; cette obligation comprend notamment le maintien et le renouvellement du bail des locaux, le dépôt des marques de fabrique, la continuation des contrats de publicité en cours et le renouvellement de ceux qui sont échus, le paiement des impôts personnels au bailleur, c'est-à-dire ceux qui sont relatifs à l'exploitation antérieure à la location ou aux bénéfices qu'il tire personnellement de celle-ci. Mais, conformément au droit commun, les réparations dites « locatives » incombent au preneur (art. 1720, 2°, C. civ.).

92. — 3° *Obligation de garantie*. — Le bailleur doit au preneur une triple garantie :

A. *Garantie d'éviction* : le bailleur doit indemniser son locataire quand celui-ci se trouve évincé et à condition que le trouble lui ait été dénoncé par le preneur. Si l'éviction est complète ou apporte à la chose une modification essentielle, le bail sera résilié avec dommages-intérêts ; par exemple, si un tiers revendique un brevet ou une marque de fabrique. Si au contraire l'éviction n'est que partielle, il y aura lieu à diminution de loyer sans préjudice des dommages-intérêts ; c'est ce qu'a décidé la Cour de Paris (20 juill. 1879, S. 80. 2. 203) au profit du locataire d'un bal auquel était attaché une enseigne très connue qu'un tiers avait revendiquée.

93. — B. *Garantie de son fait personnel* : le bailleur ne peut pas, par son fait personnel, apporter un trouble à la jouissance du preneur. La question se pose principalement au sujet de la concurrence qu'il pourrait lui faire directement ou indirectement. La question a été posée de nombreuses fois devant les tribunaux (V. notamment Montpellier, 26 juill. 1844, S. 44. 2. 307 ; Aix, 6 août 1863, S. 63. 2. 223 ; Lyon, 3 déc. 1864, S. 65. 2. 131 ; Bordeaux, 7 nov. 1873, S. 74. 2. 136 ; Dijon, 5 mai 1875, S. 75. 2. 142 ; Req., 28 oct. 1895, D. 96. 1. 500, etc.). Dans un arrêt récent, la Cour de Colmar (11 mai 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 303 ; *Revue trim. droit civil*, 1926, p. 1057) a résumé l'état actuel de la jurisprudence : « La location d'un fonds de commerce ayant, pour la durée du bail, les mêmes effets que la vente, le bailleur

d'un fonds de commerce doit s'abstenir de tout acte qui tende, soit directement, soit indirectement, et encore plus par une fraude concertée, à porter atteinte à la garantie due à son locataire et ne peut, en vertu de cette garantie qui est de l'essence même du bail, créer, tenir ou autoriser soit dans la même maison, soit dans des maisons contiguës ou voisines, et surtout lui appartenant, un commerce rival; en effet, même en l'absence d'une clause expresse portant l'interdiction au vendeur ou au bailleur d'un fonds de commerce de faire un commerce similaire, l'un et l'autre s'interdisent virtuellement de ne rien faire qui trouble la jouissance paisible de la chose louée ou vendue et en détourne ou en diminue l'utilité et les avantages ». Et à défaut de clause expresse déterminant les limites précises de l'interdiction, les juges du fond apprécieront dans chaque espèce si le bailleur a bien exécuté son obligation de garantie.

Naturellement, la garantie n'est due que pour la durée du bail; quand celui-ci est expiré, le bailleur reprend toute sa liberté (Limoges, 20 janv. 1893, *Ann. droit commercial*, 1893. 40; Com. Saint-Etienne, 11 mai 1898, *Gaz. pal.*, 98. 2. 153).

94. — C. *Garantie des vices* : le bailleur doit garantir le preneur contre les vices de la chose louée, comme le vendeur et pour les mêmes causes que dans la vente (Nancy, 15 janv. 1898, *Gaz. pal.*, 98. 1. 246). Ainsi, le bailleur pourra être actionné en garantie s'il a dissimulé au preneur l'existence de condamnations pour ventes frauduleuses et surtout si le tribunal en avait ordonné l'affi-

chage à la porte même du fonds (V. pour la vente : Com. Seine, 25 juill. 1885, *Journ. tr. com.*, 86. 232; Paris, 28 mai 1886, *ibid.* 87. 335 et 28 nov. 1896, *Gaz. pal.*, 97. 1. 382); de même s'il a opéré des dissimulations dans sa comptabilité de façon à induire le locataire en erreur (V. aussi Com. Seine, 2 déc. 1896, *Journ. tr. com.*, 98. 210). De même le tribunal de commerce de Marseille (6 mars 1922. Thémis, 3 avr. 1922, *Rec. Somm.* 22. 1761) a décidé que la dissimulation par le propriétaire d'un bar à son acheteur ou à son locataire de l'existence antérieure d'un procès-verbal pour vente de similaires d'absinthe constitue une réticence et un vice caché permettant une résiliation immédiate : en effet, un procès-verbal de cette nature doit entraîner la fermeture du bar, il y a donc danger d'éviction imminente et la demande en résiliation est parfaitement fondée, alors même que la condamnation n'a pas encore été prononcée en correctionnelle.

SECTION II

Obligations du locataire.

95. — Le locataire doit :

- 1° user correctement de la chose (art. 1728, 1°, C. civ.);
- 2° payer les loyers aux termes convenus (art. 1728, 2°, C. civ.);
- 3° faire les réparations locatives (art. 1754, C. civ.);
- 4° restituer le fonds en fin de bail (art. 1730 et 1731, C. civ.);

5° veiller à la conservation de la chose (art. 1732, C. civ.) ;

6° garnir les lieux loués (art. 1752, C. civ.) ;

7° payer les frais et loyaux coûts du contrat (art. 1248, C. civ.).

96. — 1° *User correctement de la chose.* — Le locataire doit exploiter le fonds, suivant sa destination, sans fonder d'autre établissement susceptible de lui faire concurrence ; il ne peut pas en disposer puisqu'il n'en est pas propriétaire.

A. Exploiter le fonds : en effet, il doit le restituer dans l'état où il l'a reçu ; or une interruption dans l'exploitation risquerait de faire disparaître la clientèle. Il doit de plus exploiter dans les mêmes locaux pour empêcher un déplacement de cette clientèle. Sinon, il encourrait la résiliation du bail, sans préjudice des dommages-intérêts (art. 1729, C. civ.).

B. Suivant sa destination : le preneur doit donc exercer le commerce pour lequel le fonds lui a été loué, sans pouvoir en ajouter un nouveau, sans pouvoir modifier le procédé d'exploitation, mais en tenant compte toutefois des progrès introduits en la matière (Jurisprudence abondante : Civ. Seine, 22 nov. 1892, *Gaz. trib.*, 29 déc. 1892 ; Civ. Lyon, 30 nov. 1892, *Gaz. pal.*, 93. 1. 197 ; Civ. Angoulême, 27 janv. 1904, *Droit* 8 juin 1904 ; Lyon, 26 janv. 1847, S. 47. 2. 563 ; 6 janv. 1852, S. 53. 2. 109 ; Rouen, 24 juill. 1856, S. 57. 2. 143 ; Bordeaux, 6 juill. 1903, S. 03. 2. 296 ; Paris, 24 mars 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 20 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Louage, I, 720). Ainsi

le locataire change la destination du fonds lorsqu'ayant loué un débit de boissons, il exploite un restaurant (Civ. Havre, 27 oct. 1923, *Gaz. pal.*, 24. 1. 5); de même s'il transforme en restaurant une crèmerie (Paris, 15 déc. 1924, *Gaz. pal.*, 25. 2, v^o Bail, 49). Le changement de destination est une question de fait soumise au contrôle souverain des juges du fond.

97. — C. Sans faire concurrence au fonds : car si le preneur exploite un autre établissement similaire, il peut détourner au profit de celui-ci la clientèle du fonds loué. Dans chaque espèce, les tribunaux apprécient s'il y a véritablement concurrence ; ainsi le locataire d'un fonds d'épicerie au détail peut sans faire concurrence à ce fonds exploiter en même temps une maison d'épicerie en gros et demi-gros (Amiens, 25 nov. 1889, *Journ. Aud. Amiens*, 91, p. 217 ; nombreux exemples dans Boutaud et Chabrol, n^{os} 150 et 473).

Comme l'obligation de garantie du bailleur, celle du preneur ne dure en principe que jusqu'à la fin du bail ; mais les tribunaux peuvent décider, suivant les circonstances, que sa durée sera différente (Cass., 14 avril 1891, D. 91. 1. 135). Quelquefois, une clause du contrat interdit au preneur de se rétablir pendant un certain temps après la fin du bail, pour éviter les fuites de clientèle (Civ. Caen, 26 déc. 1898, *Rec. Caen*, 98. 2. 257). Dans tous les cas, le preneur doit toujours s'abstenir de manœuvres déloyales, tendant par exemple à détourner à son profit la clientèle du fonds qu'il avait eu à bail.

98. — D. Il ne peut pas disposer du fonds : il ne peut pas le vendre, ni le donner en nantissement, ni céder à un tiers le droit à l'enseigne, ni même modifier celle-ci si cela nuit au bailleur (Cass., 1^{er} mars 1899, S. 01. 1. 126 ; *Pand. fr.* 01. 1. 261). Par contre il peut vendre les marchandises (il en est généralement propriétaire, *suprà*, 85) et le matériel usé, sauf à le remplacer. A défaut de clause contraire, il peut céder son bail ; mais les clauses restrictives doivent être interprétées très largement car un bail de fonds de commerce est fait essentiellement *intuitu personæ* ; les règles ordinaires admises en matière de cession de bail et de sous-location ne peuvent être transposées en la matière. Dans les cas où il peut céder son droit au bail, il peut également le donner en nantissement.

99. — 2^o *Payer les loyers aux termes convenus.* — Le prix est de l'essence même du bail ; à défaut de prix, il faut voir dans le contrat une donation ou un commodat ; de même si le prix est infime ou n'est pas « de quelque considération eu égard à la valeur de la jouissance de la chose » (V. Pothier, n^o 33). Cependant, dans un bail de fonds de commerce, on peut convenir que le preneur ne versera au bailleur aucune redevance, sans que pour cela, le contrat cesse d'être à titre onéreux : car il y a des cas où le seul fait de prendre sur soi l'exploitation d'un fonds est une charge suffisante pour servir de contre-partie à la jouissance de ce fonds.

Mais dans la plupart des cas, il y aura un prix stipulé : la redevance due par le preneur pourra être fixe ou variable et proportionnelle au chiffre d'affaires et aux bénéfices.

ces ; elle pourra comprendre également une somme fixe, montant minimum du loyer, à laquelle sera ajouté un pourcentage sur les bénéfices. Toutes les fois que le bailleur a droit à une rémunération proportionnelle, il peut exiger de son locataire un compte d'exploitation (Civ. Seine, 7 déc. 1898, *Gaz. trib.* 1899, 1^{er} sem., 2. 246) ; mais, dans le calcul du bénéfice net, le preneur est en droit de défalquer les intérêts des sommes engagées dans l'entreprise : dépenses faites pour la remise en état, loyers payés d'avance, coût de l'état des lieux et amortissement des frais du bail. D'autre part, le contrat peut fixer la redevance maxima qui peut être due au bailleur en cas d'exploitation particulièrement fructueuse (Pau, 22 mars 1898, D. 1900. 2. 97).

100. — Quant au mode de paiement, la jurisprudence a décidé qu'il pouvait être fait régulièrement par mandat-carte et que, si le bailleur a refusé celui-ci, il est passible de dommages-intérêts car ce refus a pu faire croire à l'entourage commercial du preneur que celui-ci n'avait pas payé ou avait mal payé et se trouvait gêné dans ses paiements (Trib. paix Lyon, 23 juin 1926, *Mon. Lyon*, 26 nov. 1926, *Gaz. pal.*, 1927. 1, v^o Bail, n^o 28). Rappelons qu'en principe, les loyers sont quérables sauf clause du contrat (Cass., 8 mai 1900, S. 01. 1. 38).

101. — Le bailleur a pour le paiement des loyers un privilège sur les meubles garnissant les lieux loués. Cette solution ne fait aucun doute s'il est propriétaire de l'immeuble ; elle est également certaine s'il n'en est que loca-

taire car le privilège du bailleur est accordé au locataire principal vis-à-vis de son sous-locataire (art. 819, C. proc. civ. ; Civ. Seine, 30 oct. 1900, D. 04. 2. 254). Cependant le bailleur de fonds de commerce ne saurait en profiter si, au lieu de sous-louer les locaux au preneur, il avait cédé à celui-ci son droit au bail (Guillouard, *Louage*, I, 310).

Le privilège garantit la partie des loyers correspondant à la location ou à la sous-location des locaux car il n'est accordé qu'au bailleur d'immeubles. Si l'on admettait intégralement la nature de meuble incorporel du fonds de commerce, il ne saurait y avoir de privilège car la location serait mobilière. Il ne porte que sur les meubles appartenant au preneur : matériel et, plus souvent, marchandises. Mais si les meubles sont détruits par un sinistre, le privilège sera reporté sur l'indemnité d'assurance qui pourra être due au preneur (loi du 19 fév. 1889, art. 2).

102. — Outre le loyer, le contrat impose généralement au preneur le paiement des charges se rattachant à l'exploitation du fonds : contributions, patente, taxes municipales, primes d'assurances contre l'incendie, le vol, le bris des glaces, les accidents du travail.

103. — 3° *Exécuter les réparations locatives.* — Cette obligation est fondée par la loi sur une présomption de faute du preneur; celui-ci s'en décharge donc s'il prouve que la détérioration ne lui est pas imputable (Lille, 13 janv. 1903, D. 03. 2. 120).

104. — 4^o *Restituer en fin de bail.* — Pour déterminer l'étendue de cette obligation, il faut distinguer suivant qu'il s'agit des éléments corporels ou des éléments incorporels du fonds de commerce.

A. *Eléments corporels* : le preneur doit les restituer dans l'état où il les a reçus ; l'étendue de cette restitution est déterminée par l'état des lieux qu'on aura dû dresser lors de l'entrée en jouissance ; à défaut d'état des lieux, le preneur est présumé avoir reçu en bon état. Cependant, une clause du contrat peut mettre à sa charge la dépréciation du matériel, même si celle-ci lui est étrangère, par exemple si elle provient de ce que le matériel se trouve démodé (Rouen, 16 janv. 1897, *Rec. Rouen*, 97. 1. 68 ; Caen, 7 avr. 1869, *Rec. Caen*, 69. 231 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, 922).

L'obligation de restituer cesse si la chose a péri par cas fortuit (Cass., 1^{er} août 1859, D. 59. 1. 353, S. 60. 1. 67).

B. *Eléments incorporels* : le preneur doit les restituer au bailleur dans l'état où il se trouvent en fin de bail ; il n'a pas droit à indemnité pour plus-value procurée au fonds, par exemple, s'il en a étendu les débouchés ; inversement, il ne doit rien pour les dépréciations, comme la diminution de la clientèle, à moins qu'elles ne lui soient imputables. Ainsi, il devra une indemnité si, par sa faute, il a laissé périmer un brevet ou usurper une marque de fabrique.

105. — CAS OÙ LE FONDS COMPREND EN FIN DE BAIL DES ÉLÉMENTS NOUVEAUX. — Ces éléments restent la propriété du

locataire et sont exclus de la restitution, s'ils peuvent être séparés du fonds sans détériorer celui-ci.

1° *Matériel*. — Le locataire peut reprendre celui qu'il a introduit dans le fonds sauf dans les cas suivants :

a) Ce matériel nouveau a servi à remplacer un matériel ancien usé ou démodé ; toutefois, si le preneur avait conservé celui-ci, il se libérerait en en faisant la restitution. En tous cas, il n'a pas droit à indemnité s'il rend un matériel nouveau (Cass., 3 janv. 1849, D. 49. 1. 27, S. 49. 1. 485).

b) Une clause du contrat oblige le preneur à laisser dans le fonds le matériel nouveau qu'il aura pu y introduire.

c) Le matériel est devenu immeuble par nature par suite de son incorporation à l'immeuble dont il est devenu partie intégrante (Civ., 19 juill. 1893, S. 94. 1. 241). Rappelons qu'il ne peut pas devenir immeuble par destination, car il n'a pas été affecté à l'immeuble par le propriétaire de celui-ci (V. *suprà*, 79).

2° *Brevets et marques de fabrique*. — Le locataire les reprend sans difficulté.

3° *Enseigne*. — Le locataire a le droit d'enlever l'enseigne qu'il a créée afin de pouvoir l'exploiter dans un autre fonds (Cass., 6 déc. 1837, *Journ. du Palais*, 38, p. 326 ; 21 déc. 1853, D. 54. 1. 9 ; Civ. Chambéry, 2 févr. 1887, *Ann. propr. indust.*, 1890, 293). Mais il en serait autrement si le preneur avait créé l'enseigne pour en remplacer une autre et si le propriétaire n'y avait consenti qu'à condition de l'acquérir à la place de l'ancienne (Civ. 21 déc. 1853 précité) et même si la convention ne le

rendait pas propriétaire de la nouvelle enseigne, il aurait droit à une indemnité pour suppression de la première (Paris, 15 juill. 1854, D. 55. 2. 50).

4° *Clientèle*. — Nous avons vu (*suprà*, 104) que le preneur doit laisser au fonds la clientèle nouvelle qu'il a pu lui apporter et qu'il n'a droit de ce fait à aucune indemnité.

5° *Constructions*. — Il y a lieu d'appliquer les règles ordinaires du droit civil. En fin de bail, le propriétaire peut opter entre le maintien des travaux moyennant indemnité ou l'enlèvement sans indemnité ; mais cette dernière solution peut devenir un moyen de chantage et il est prudent d'insérer dans le bail une clause précise.

Remarque. — Les rapports entre le locataire d'un fonds de commerce et le propriétaire des locaux sont régis par les règles applicables au bail des locaux commerciaux ; nous n'avons pas à les étudier ici.

SECTION III

Cessation du bail.

106. — Le bail de fonds de commerce cesse par les causes ordinaires d'extinction du louage de choses :

1° l'arrivée du terme (art. 1737) : le bail cesse de plein droit ;

2° la volonté unilatérale (art. 1736) si le bail est conclu sans détermination de durée, ce qui est très rare en matière de fonds de commerce ;

3° la perte fortuite de la chose (art. 1722), c'est-à-dire

l'impossibilité de l'employer à l'usage pour lequel elle a été louée ; ainsi lorsque la route passant devant une auberge vient à être déclassée ; de même, si l'industrie exploitée dans le fonds est interdite ou monopolisée. Si la perte n'est que partielle, le juge appréciera suivant les circonstances et prononcera la résiliation du bail ou accordera seulement une diminution de loyers ;

4° l'inexécution par l'une des parties de ses obligations (art. 1184 et 1741, C. civ.), à laquelle il faut assimiler la perte de la chose par la faute de l'une des parties. La résiliation doit être demandée au tribunal qui peut n'accorder que des dommages-intérêts (Req., 9 janv. 1893, D. 93. 1. 120) ; en tous cas, elle n'est jamais rétroactive car la jouissance antérieure est un fait dont on ne peut faire abstraction. La Cour de Grenoble (12 mars 1926, *Journ. Grenoble*, 26. 151. *Gaz. Pal.* 27. 1, v° Fonds de commerce, 2) a fait une application intéressante de la résolution pour inexécution : le propriétaire d'un fonds de commerce, avait loué celui-ci pour une longue durée, puis l'avait vendu à un tiers ; or, le locataire assignait son bailleur en annulation de cette vente de fonds : la cour a prononcé la résolution du bail parce que le locataire avait tenté d'évincer son bailleur.

Les parties peuvent insérer dans le bail une clause de résolution de plein droit à certaines conditions qui serait parfaitement valable.

5° Le décès de l'une des parties n'entraîne pas en principe la cessation du bail (art. 1742, C. civ.) ; mais le contrat contient généralement une clause d'après laquelle le bail prendra fin en cas de décès du locataire. V. Lyon, 12 fév. 1886, *Mon. Lyon*, 20 avril 1886.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA LOCATION A L'ÉGARD DES TIERS

107. — Les tiers ont un intérêt capital à savoir au profit de qui un fonds de commerce est exploité et, par conséquent, à avoir connaissance des conventions comme la location de fonds, pour savoir contre qui ils pourront éventuellement exercer leurs droits.

108. — PUBLICATION DE LA LOCATION DE FONDS DE COMMERCE. — Le droit romain organisait une publicité en vue d'avertir les tiers des conventions destinées à restreindre leurs recours. Il connaît en effet la gérance : l'institor (*institor appellatus est ex eo quod negotio gerendo instet*. Ulpien, D. XIV. 3. 3) est un préposé établi dans une boutique pour y exercer un commerce (*tabernæ præpositus* Gaius IV. 71). Tant qu'il agit dans la limite de ses pouvoirs, il oblige le préposant pour le tout et le tiers a un double recours à son choix contre le maître et contre l'institor et inversement, à partir du ^{II}e siècle, le maître a une action directe contre le tiers, s'il n'a aucun autre moyen à sa disposition pour sauvegarder ses intérêts. Cette combinaison rappelle la gérance proprement dite ou « gérance salariée ». Mais si au contraire le maître entend ne pas être tenu des enga-

gements contractés par l'institutor, il ne se décharge de toute responsabilité qu'en avertissant les tiers soit par des avis individuels, soit en apposant dans la boutique une affiche très apparente (V. Cug, p. 405; Van Wetter, *Les obligations en droit romain*, III, p. 22-23). La situation est donc analogue à la location de fonds de commerce ou « gérance libre ».

109. — La location de fonds de commerce n'est assujettie à aucune publicité légale : la loi du 17 mars 1909 ne vise que la vente, le nantissement et l'apport en société ; celle du 18 mars 1919, art. 5, n^{os} 4 et 8 ne prévoient l'inscription au registre du commerce que pour le nantissement et la cession de fonds de commerce.

110. — Mais l'usage, consacré par la jurisprudence, impose une publication dans les journaux d'annonces légales, comme on l'admettait déjà avant la loi du 17 mars 1909 pour les ventes de fonds de commerce. De plus, on recommande au bailleur de prendre certaines précautions supplémentaires et notamment de faire disparaître le nom de l'enseigne (Com. Seine, 27 mai 1885, *Journ. tr. com.*, 86. 194), des papiers commerciaux et du registre du commerce.

La publication se fait généralement sous la forme suivante : « Unique publication. Suivant acte sous seings privés en date à ... du ... enregistré ... Monsieur X. propriétaire du fonds de commerce de ... sis à ... a confié en gérance (ou a donné à bail) l'exploitation dudit fonds de commerce à dater du ... à Monsieur Z. Toutes les mar-

chandises nécessaires à son exploitation seront achetées et payées par le gérant (ou locataire), le propriétaire ne devant en aucun cas être recherché ni inquiété à ce sujet ». La publication comprend souvent en outre une élection de domicile où les tiers pourront faire opposition afin d'empêcher le locataire de payer les loyers à son bailleur (de même pour la vente avant 1909) : Civ. Seine, 14 mars 1905, *Gaz. trib.*, 25 août 1909).

Il est également d'usage de publier la cessation du bail sous une forme analogue : « Unique publication. Par acte sous seings privés en date à ... du ... enregistré ... Monsieur X a déclaré résilier à compter du ... le bail de fonds de commerce de ... sis à ... qui avait été confié à Monsieur Z. suivant acte sous seings privés en date à ... du ... enregistré ... ».

111. — La publication doit être précise ; ainsi le tribunal de commerce du Havre (14 déc. 1925, *Gaz. pal.*, 26. 1. 311) a jugé que : « la publicité faite à l'occasion de la location ou de la mise en gérance d'un fonds de commerce doit, en raison du caractère particulier de ces opérations, préciser de la façon la plus nette et la plus formelle la responsabilité que chacune des parties contractantes entend assumer, de manière que la bonne foi des fournisseurs du fonds, objet du contrat, ne puisse être surprise. Cette condition n'est pas remplie bien que les insertions faites dans un journal, qualifié d'ailleurs pour les publier, et relatives à la location du fonds de commerce pour deux années, précisent que le locataire sera seul tenu responsable des fournitures qui seront faites

pendant la durée de la location, si, peu de temps après, dans de nouvelles insertions relatives à la résiliation du contrat et à la reprise du fonds par son propriétaire, il n'est question que d'une gérance. En effet, la contradiction entre ces insertions, alors que la seconde fait connaître que l'exploitant n'était qu'un gérant et qu'aucune indemnité ne devait lui être versée du fait de la rupture du contrat de gérance, met les fournisseurs dans l'impossibilité de garantir leurs droits ».

En l'espèce, le tribunal condamne le bailleur comme mandant parce que le fournisseur a pu considérer à bon droit qu'il y avait simple mandat ; de plus, le fournisseur se trouvait lésé car il n'aurait pu faire opposition sur l'indemnité de résiliation qui aurait été due éventuellement s'il y avait eu location.

112. — En matière de commerce de liquides, il y a une forme de publicité supplémentaire (v. Montier, *Bulletin de la Chambre syndicale du Commerce en gros des vins et spiritueux de Paris*, février 1928, p. 56). Les boissons ne pouvant circuler qu'à l'adresse du débitant titulaire de la licence, il faut donc faire opérer un transfert de licence au profit du locataire. L'entrepositaire n'aura qu'à se renseigner sur les causes du transfert ; il ne peut donc guère être trompé par les apparences (Com. Havre, 11 déc. 1922, *Rec. Havre*, 22, 177).

113. — 1^{er} CAS. *Le bail a été régulièrement publié.* — Le propriétaire n'est pas tenu des engagements contractés par son locataire (Com. Seine, 27 mai 1883, *Gaz. pal.*

Table 1882-87, v° Resp. civile 512-513, *Journ. trib. comm.*, 1886, 194 ; Req. 21 nov. 1881, *Gaz. pal.*, 82. 2. 164, D. 82. 1. 165 ; Com. Seine, 23 oct. 1903, *Gaz. pal.* Table 1902-07, v° Fournitures 17, *Journ. tr. com.* 1905, 209). Les créanciers du locataire n'ont aucun droit de poursuite contre le bailleur, pas plus que ceux d'un fermier (v. Civ. 9 mai 1853, S. 53. 1. 699 ; 18 oct. 1898, S. 99. 1. 165 ; Paris, 26 juin 1899, *Gaz. trib.* 10 janv. 1900 ; Bordeaux, 17 févr. 1903, *Rec. Bordeaux*, 03. 1. 201 ; Civ. Montauban, 19 nov. 1902, *Gaz. pal.*, 02. 2. 687. Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, 1043). Les créanciers du preneur ne peuvent donc pas saisir le fonds mais ils pourraient saisir le droit au bail pour la période restant à courir, du moins s'il n'y avait pas au contrat de clause interdisant la cession du bail.

Cependant le propriétaire sera tenu dans les limites de l'enrichissement sans cause procuré au fonds (Com. Seine, 29 oct. 1927, *Gaz. pal.*, 28. 2. 401 sous-note c). Remarquons toutefois que, pour les constructions élevées par le locataire, l'action *de in rem verso* doit être écartée si elles doivent revenir sans indemnité au bailleur car cette action l'appauvrirait.

114. — DROITS DES CRÉANCIERS DU BAILLEUR SUR LE FONDS.

— Il faut faire une distinction suivant qu'il s'agit des créanciers chirographaires ou des créanciers inscrits.

1° *Créanciers chirographaires* : ils peuvent faire entre les mains du locataire une saisie-arrêt sur les loyers dus au propriétaire.

2° *Créanciers inscrits*, c'est-à-dire le vendeur privilégié

et le créancier nanti. La location du fonds de commerce leur est sans aucun doute opposable (Rouen, 23 décembre 1927, D. 28. 2. 181). Mais elle est de nature à leur causer un préjudice certain. En effet, l'existence d'un bail diminue considérablement la valeur du fonds qui en est l'objet; car il n'en est pas des fonds de commerce comme des immeubles : on les achète le plus souvent pour les exploiter soi-même et la location en cours ne permet pas à l'acheteur de le faire avant son expiration. De plus, le fonds sert de gage aux créanciers; or, il peut diminuer de valeur si le locataire l'exploite mal; ils ne peuvent exercer leur privilège sur le prix puisqu'il n'y a pas eu vente; enfin, ils ne sont nullement privilégiés sur les redevances versées au bailleur, pas plus que sur le cautionnement éventuellement fourni par le locataire.

Ils peuvent sans aucun doute faire mettre le fonds en adjudication si la dette est en partie exigible et s'ils n'ont pu obtenir le paiement. Mais des difficultés se présentent si, au contraire, la dette n'est pas échue : il peut y avoir dans l'acte de vente ou de nantissement une clause d'après laquelle la partie impayée du prix devient immédiatement exigible en cas de location du fonds; dans ce cas, pas de difficulté, le créancier peut faire vendre le fonds. Mais en l'absence d'une clause de ce genre, la vente n'est pas possible. On pourrait peut-être cependant faire application de l'article 1188 du Code civil qui prononce la déchéance du terme quand le débiteur a, par son fait, diminué les sûretés qu'il a fournies, car, en cas d'adjudication, l'existence de la location diminue la valeur du fonds donc restreint l'exercice du privilège.

En effet, la location est parfaitement opposable à l'adjudicataire (Rouen, 23 déc. 1927 précité) puisque la vente de la chose louée n'est pas une cause d'extinction du bail. Les tiers pourraient seulement la faire annuler pour fraude, par application de l'article 1167 du Code civil, mais en prouvant la mauvaise foi du locataire puisque le contrat est à titre onéreux (Nouv. Code civ. ann., art. 1167, n^{os} 152 et s. ; *Rép. prat.*, v^o Obligations, 597). Cette preuve est extrêmement difficile et rend pratiquement illusoire en l'espèce le droit de faire annuler pour fraude, du moins si le loyer stipulé correspond bien à la valeur locative du fonds.

115. — 2^e CAS. *Le bail n'a pas été publié.* — Les tiers sont toujours fondés à présumer qu'un fonds de commerce est exploité pour le compte de son propriétaire et, si l'exploitation n'est pas assurée par le propriétaire en personne, ils sont fondés à croire que l'exploitant est le mandataire du propriétaire et que, par conséquent, ils pourront poursuivre celui-ci pour l'exécution des contrats passés avec l'exploitant ou pour demander indemnité des actes dont il est civilement responsable. On ne peut leur opposer que l'exploitant a agi en son nom personnel et pour son compte, si rien ne les en a avertis (Com. Seine, 4 janv. 1868, *Journ. tr. com.*, 68. 194 ; Com. Seine, 16 déc. 1885, *Journ. trib. com.*, 1887, p. 97 ; Com. Seine, 27 mai 1885, *Journ. tr. com.*, 86. 194 ; Com. Havre, 14 déc. 1925, *Gaz. pal.*, 26. 1. 311 ; 17 janv. 1927, *Rec. Havre*, 1927. 1. 20).

116. — Ainsi, à défaut de publication, le propriétaire est tenu. La jurisprudence pour fonder cette obligation

s'appuie soit sur la responsabilité édictée par l'article 1382, soit sur la théorie du prête-nom.

1° *Responsabilité fondée sur l'article 1382* : le propriétaire a commis une faute en négligeant de publier la location ; il en doit réparation et les tiers ont contre lui une action en dommages-intérêts. Ainsi, il a été décidé que le propriétaire d'un fonds de commerce, détenteur de la licence et imposé à la patente ne peut opposer aux créanciers une location qu'il n'a pas publiée ou dont il ne les a pas avisés (Com. Havre, 11 déc. 1922, *Rec. Havre*, 22. 177 ; *Gaz. pal.*, 1920, 25, v° Fonds de commerce, 129) ; en l'espèce le bailleur avait commis une triple faute car, non seulement il n'avait pas publié le bail, mais il était resté personnellement patenté et n'avait pas opéré le transfert de licence (*suprà*, 112).

De même, en matière de gérance proprement dite ou salariée, le propriétaire « doit aussi supporter les frais faits contre le gérant, alors surtout qu'aucune enseigne extérieure ne pouvait révéler le nom du propriétaire ; celui-ci prétendrait vainement que les fournisseurs auraient dû, avant toutes poursuites, s'enquérir du véritable possesseur du fonds de commerce et lui remettre facture du montant des fournitures par lui réclamées » (Com. Seine, 27 mai 1885, *Journ. tr. com.*, 86. 194).

De même, la Cour de cassation a décidé (avant la loi du 17 mars 1909) que « l'acheteur d'un fonds de commerce (en l'espèce, un café) qui, au lieu d'en prendre possession, l'a laissé en location au vendeur, sans donner à son achat aucune publicité et sans avertir les fournisseurs, peut être condamné solidairement avec son vendeur (parce qu'il y

a faute commune) au paiement des marchandises que les fournisseurs ont continué de livrer à l'établissement sur la foi d'un gage dont, par le fait même de l'acheteur, ils ont ignoré la disparition » (Req. 21 nov. 1881, D. 82. 1. 165).

2° *Responsabilité fondée sur la théorie du prête-nom* (*suprà*, 63) : le locataire est tenu personnellement ; les tiers ont contre le propriétaire mandant l'action oblique de l'article 1166 (Paris, 23 nov. 1860, *Journ. tr. com.*, 1861. 77 ; 2 déc. 1865, *ibid.*, 1866. 404 ; 8 déc. 1868, *ibid.*, 1870. 446 ; cf. Paris, 28 juill. 1875, *ibid.*, 1876. 216).

117. — FAILLITE OU LIQUIDATION JUDICIAIRE DU LOCATAIRE. — Il faut distinguer suivant qu'il s'agit des rapports entre le propriétaire des locaux et la masse ou entre celle-ci et le bailleur du fonds.

1° *Conflit entre le propriétaire des locaux et la masse.* — Il y a lieu d'appliquer la loi du 28 février 1872 ; le syndic peut continuer le bail des locaux en payant les loyers arriérés et en maintenant les sûretés dues au bailleur. Le bail est donc résolu dans trois cas :

a) Le syndic ne veut pas le continuer.

b) Le fonds se trouve dégarni : le bail est résolu pour défaut d'exécution par le preneur (ou le syndic, son représentant) de son obligation de garnir les lieux.

c) Il y a une cause de résiliation quelconque, dans les termes du droit commun, et notamment le bail contient une clause de résiliation de plein droit en cas de faillite du preneur ; cette clause validée par la Cour de cassation a l'inconvénient de rendre plus difficile le rétablissement

des affaires du failli (V. *Ann. dr. comm.*, 1928, p. 35).

Si le bail est résolu, le bailleur exerce son privilège dans les termes de l'article 550 du Code de commerce, c'est-à-dire « pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif de faillite, pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux ».

2° *Conflit entre le bailleur du fonds et la masse.* — La loi de 1872 est inapplicable mais le bail est résolu par application de l'article 1188 du Code civil : la faillite entraîne déchéance du terme. Le bailleur reprend son fonds, sans que le syndic puisse opter pour la continuation du bail. Rappelons que le bailleur de fonds est considéré pour partie comme bailleur d'immeuble ou comme locataire principal d'immeuble, donc a droit pour cette part au bénéfice de l'article 550 du Code de commerce.

CHAPITRE V

LA LOCATION DE FONDS DE COMMERCE AU POINT DE VUE FISCAL

118. — Ce contrat donne ouverture au droit proportionnel de 0 fr. 72 0/0 avec les décimes (loi du 23 juin 1920, art. 26) sur « le prix annuel exprimé, en y ajoutant les charges imposées au preneur » (loi du 22 frimaire an VII, art. 14, 1°).

119. — Le prix peut se présenter sous quatre formes différentes :

1° *Prix fixe en argent.* — Aucune difficulté.

2° *Prix fixe en nature.* — Le droit proportionnel sera perçu d'après la déclaration estimative fournie par les parties (loi de frimaire an VII, art. 16) ; car l'évaluation d'après les mercuriales n'est prévue qu'en matière de bail d'immeuble (même loi, art. 15, 1°).

3° *Redevance proportionnelle aux bénéfices ou au chiffre d'affaires.* — Même mode d'évaluation ; l'administration pourra demander un supplément de droit quand l'évaluation des parties se trouvera dépassée.

4° *Les parties n'ont pas stipulé de redevance :* ce peut être une donation donnant ouverture au droit de donation,

sans préjudice de pénalités, s'il y a lieu (loi du 13 juillet 1925, art. 44). Mais nous avons vu (*suprà* 100) que le contrat peut rester à titre onéreux, si le seul fait d'assurer l'exploitation constitue une charge équivalente à la valeur de la jouissance du fonds loué ; cette charge fera l'objet d'une déclaration estimative des parties et le droit proportionnel sera perçu d'après cette évaluation qui, en fait, devra être à peu près équivalente à la rémunération qui serait allouée à un gérant proprement dit.

120. — Les charges sont évaluées d'après la déclaration estimative des parties. Il faut en distinguer trois catégories :

1^o *Charges restant sans influence sur le prix.* — Ce sont les charges simplement facultatives comme les travaux que le locataire a l'autorisation d'effectuer.

2^o *Charges augmentatives de prix.* — Ce sont celles qui incombent normalement au propriétaire et que la convention met au compte du preneur ; ainsi, le paiement de billets de fonds ou celui de marchandises achetées avant la location et dont le bailleur doit encore le prix.

3^o *Charges diminutives de prix.* — Ce sont celles qui, incombant ordinairement au locataire, sont mises par le contrat au compte du bailleur ; par exemple le paiement de la patente.

121. — La valeur imposable est la somme des loyers, en tenant compte des charges augmentatives ou diminutives, pour toute la durée du bail : « le droit est exigible sur le prix cumulé de toutes les années » (loi du 16 juin

1824, art. 1^{er}). En matière d'immeubles, quand la durée du bail est supérieure à trois ans, les parties peuvent requérir le fractionnement des droits par périodes triennales (loi du 23 août 1871, art. 17, modifiée par celle du 13 juillet 1925, art. 37). Cette faveur n'est admise en matière de fonds de commerce que pour la partie des droits correspondant au bail des locaux (Rép. écrite, *Journ. off.*, 23 févr. 1924, Ch. dép. n° 1021), mais non pour la totalité des droits car la loi est exceptionnelle et ne peut pas être étendue (Cass., 20 févr. 1912. *Revue de l'enreg.*, 5. 545).

122. — DÉLAI D'ENREGISTREMENT. — Il faut distinguer suivant que le bail a été fait par acte authentique ou par acte sous seings privés.

1^o *Acte sous seings privés*. — Doit être enregistré dans les trois mois sous peine d'un droit en sus pour le locataire et d'un second droit en sus pour le propriétaire si celui-ci n'a pas présenté l'acte à l'enregistrement dans le courant du quatrième mois.

2^o *Acte authentique*. — Les droits sont payés par l'intermédiaire du notaire qui a rédigé le bail et dans les délais d'enregistrement qui sont de dix ou quinze jours (loi de frimaire an VII, art. 20, § 2 et 3).

Si l'acte constate une sous-location, c'est-à-dire quand le propriétaire du fonds n'est pas en même temps propriétaire des locaux, cet acte doit reproduire intégralement la mention d'enregistrement de l'acte de location principale, sous peine d'une amende de 90 francs avec les décimes (loi du 13 juillet 1925, art. 37).

123. — REMARQUE. — Si les parties n'ont pas rédigé d'acte et si la valeur locative de l'immeuble est supérieure à 1.000 francs en province et à 2.000 francs à Paris ou si la location est faite pour plus de trois ans, il faudra faire au bureau de l'enregistrement la déclaration de location verbale prévue par les lois des 23 août 1871 (art. 11) et 25 juin 1920 (art. 27).

124. — CESSIION DE BAIL DE FONDS DE COMMERCE. — Si la cession est faite sans stipulation de prix au profit du locataire cédant, l'administration perçoit le droit proportionnel de 0,72 0/0 mais seulement pour le temps restant à courir.

Si au contraire, la cession est faite moyennant un prix, elle est frappée, indépendamment du droit de 0,72 0/0, d'un droit proportionnel sur le prix. Ce prix est en principe une charge augmentative de loyer, soumise par conséquent au droit de 0,72 0/0 (Solution de l'enreg., 31 juill. 1888, *Rép. prat.* 7. 104; Civ. Rouen, 7 déc. 1925, *Rev. enreg.*, 8. 357; Maguéro, v^o Bail, 182). Toutefois si le prix était relativement considérable et non susceptible d'être considéré comme un simple supplément de loyer, il serait soumis au droit de mutation de meubles à titre onéreux de 6,60 0/0, décimes compris (loi du 13 juill. 1925, art. 43) et pour la partie afférente à la cession de bail des locaux au droit de 12 0/0, décimes compris, perçu d'après la ventilation faite par les parties et contrôlée par l'administration.

De plus, si la cession comprend en outre une cession de nouvelle clientèle, la partie du prix correspondante est

frappée du droit de 9 0/0, sans décimes prévu par la loi du 4 avril 1926 (art. 30), comme en matière de cession de gérance proprement dite.

125. — **RÉSILIATION DE BAIL.** — Il y a nouvelle mutation de jouissance au profit du bailleur, donc application du droit proportionnel de 0,72 0/0. Mais d'après l'administration, il faut distinguer :

1° *Résiliation de bail principal* : le droit proportionnel n'est jamais supérieur au montant du droit fixe de 22 fr. 50 (Sol. enreg., 2 juill. 1876, *Rép. prat.*, 4. 554 ; *Journ. enreg.*, 20. 195).

2° *Résiliation de sous-location* : le droit proportionnel de 0,72 0/0 est perçu sans maximum (Maguéro, v° Bail, n° 200).

Il faudra combiner ces deux règles dans le cas le plus général où le bail de fonds comprend une sous-location des locaux ; pour la partie du prix correspondant à cette sous-location, le droit proportionnel est perçu sans maximum tandis que, pour le restant, il ne peut excéder 22 fr. 50. Au contraire, si le propriétaire du fonds était propriétaire des locaux, le montant total du droit d'enregistrement ne pourrait dépasser ce maximum.

126. — **VENTE DE MARCHANDISES ANNEXE AU BAIL.** — On ne peut lui appliquer la loi du 28 février 1872 qui frappe d'un droit, actuellement de 9 0/0 sans décimes (loi du 4 avril 1926, art. 20) la vente de marchandises annexe à une mutation à titre onéreux de fonds de commerce, à condition que ces marchandises soient détaillées et esti-

mées article par article. En effet, cette loi est exceptionnelle et doit s'interpréter restrictivement (*Contra Civ. Saint-Omer*, 6 août 1886, *Journ. enreg.*, 22. 958).

Il faut donc appliquer les règles ordinaires de la vente d'objets mobiliers (*Sol. enreg.*, 10 juin 1897, *Rev. enreg.*, 1. 439 ; *Civ. Joigny*, 4 févr. 1903, *Rev. enreg.*, 3. 283 ; *Civ. Langres*, 13 déc. 1912, *Rev. enreg.*, 6. 555) et distinguer :

1° *Vente par acte notarié* : soumise par la loi de frimaire an VII, art. 69, § 5, 1° à un droit qui s'élève actuellement à 6,60 0/0, décimes compris (loi du 13 juillet 1925, art. 43).

2° *Vente par acte sous seings privés* : bénéficie de la perception provisoire du droit fixe de 22 fr. 50 (loi du 11 juin 1859).

3° *Convention verbale* : est exempte de droits.

Mais dans les deux derniers cas, la vente échappant au droit d'enregistrement doit être assujettie à l'impôt sur le chiffre d'affaires.

127. — GARANTIES CONVENTIONNELLES. — 1° *Caution* : l'acte est soumis par la loi du 16 juin 1824 (art. 1) à un droit qui est actuellement de 0,36 0/0, décimes compris (loi du 22 mars 1924) ; la valeur imposable est la même que pour l'application du droit de location de 0,72 0/0. Mais ce droit réduit n'est applicable que si la caution garantit les obligations du bailleur ou du locataire dérivant du contrat. Dans le cas contraire, par exemple si elle est destinée à assurer le paiement de redevances déjà échues ou la restitution d'un dépôt de garantie, l'acte donne ouverture au droit ordinaire de cautionnement de 0,75 0/0.

2° *Dépôt de garantie* : si le dépôt est fait en numéraire et remis par le locataire au bailleur avec imputation sur les derniers termes, il n'est soumis à aucun droit spécial ; si au contraire il doit être restitué en fin de bail, il donne ouverture au droit de 1,50 0/0 applicable aux obligations de sommes. Dans tous les autres cas, on perçoit les mêmes droits qu'en matière de gérance proprement dite (V. *suprà*, 70 et s.).

Remarque : pour le nantissement de fonds et l'hypothèque, voir *suprà*, 68 et 69.

128. — PROMESSE DE VENTE. — Le droit civil distingue deux catégories de promesses de vente :

1° promesse unilatérale de vente qui n'est jamais translatrice de propriété et ne lie que son auteur ;

2° promesse synallagmatique de vente qui, d'après l'article 1589 du Code civil, vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix et même, d'après l'opinion la plus répandue, si elle est accompagnée d'un terme.

Deux observations complémentaires :

a) si la promesse synallagmatique est accompagnée d'une remise d'arrhes, celles-ci sont considérées comme le montant d'un dédit (art. 1589, C. civ.), à moins qu'il n'y ait convention contraire et dans ce cas elles seront un moyen de preuve du contrat ou un acompte versé sur le prix. Donc, suivant les cas, il y a vente sous condition suspensive ou sous condition résolutoire (V. Baudry-Lacantinerie et Saignat. Vente, 80) ;

b) si les parties ont stipulé un dédit, la vente est faite

tantôt sous condition suspensive, tantôt sous condition résolutoire. Ainsi, il y a vente sous condition suspensive, si sa réalisation définitive est subordonnée à la rédaction d'un acte authentique, sous peine d'un dédit de 20.000 francs (Cass , 19 mars 1839, S. 39. 1. 312). Si au contraire, la vente est immédiatement parfaite entre les parties, la stipulation d'un dédit sera interprétée comme condition résolutoire.

129. — Le droit fiscal distingue suivant que la promesse est ou non translatrice de propriété.

1. La promesse n'est pas translatrice de propriété : il y a promesse unilatérale ou promesse synallagmatique sous condition suspensive ; l'Administration perçoit seulement le droit fixe de 22 fr. 50, car il n'y a pas de mutation. De même, si la promesse est résiliée et pour la même raison.

2. La promesse est translatrice de propriété : il y a promesse synallagmatique pure et simple, ou à terme, ou sous condition résolutoire ; le fisc perçoit le droit de mutation de 9 0/0, augmenté d'une surtaxe de 1,20 0/0 si la valeur du fonds est supérieure à 300.000 francs et de 2,40 0/0 si elle dépasse 500.000 francs. Inversement, la résiliation de la promesse donne ouverture à un nouveau droit proportionnel, car il y a seconde mutation ; d'après la loi du 29 juin 1872, ce droit doit être acquitté dans les trois mois de la résiliation sur présentation de l'acte et, à défaut d'acte, sur déclaration au bureau de l'enregistrement dont dépend le fonds de commerce.

130. — De même, la réalisation d'une promesse synallagmatique non translatrice ou l'acceptation d'une pro-

messe unilatérale donnent ouverture au droit de mutation proportionnel, car il y a transfert de propriété. Mais plusieurs questions se posent relativement au délai d'enregistrement, au tarif applicable et à la valeur imposable.

1° *Délai d'enregistrement.* — Il faut distinguer :

a) Si l'événement est constaté par un acte écrit, celui-ci doit être présenté à l'enregistrement dans les délais ordinaires qui sont de quatre jours pour les actes extra-judiciaires (loi de frimaire an VII, art. 20, § 1), de dix ou quinze jours pour les actes notariés (même article, §§ 2 et 3) et de trois mois pour les actes sous seings privés (loi du 28 février 1872, art. 8) ;

b) si au contraire aucun acte n'a été dressé, les parties devront faire une déclaration dans les trois mois au bureau d'enregistrement dont dépend le fonds de commerce (loi du 28 février 1872, art. 8, § 2).

Cette obligation est sanctionnée par un droit en sus contre l'acquéreur et par un second droit en sus contre le vendeur qui n'a pas fait la déclaration ou déposé un exemplaire de l'acte dans le courant du quatrième mois (loi du 23 août 1871, art. 14).

2° *Tarif applicable.* — On devra appliquer le tarif en vigueur au moment de la réalisation de la promesse, car la mutation n'est pas rétroactive. Cependant, si l'acte était dressé quelques jours plus tard et si le tarif avait été modifié dans l'intervalle, on appliquerait le tarif nouveau car le droit d'enregistrement représente en principe le salaire correspondant à la formalité qui est accomplie et frappe le titre plutôt que la convention elle-même.

131. — 3° *Valeur imposable*. — Cette valeur doit se calculer au moment où la promesse est réalisée (Cass., 10 mars 1886, D. 87. 1. 261, S. 87. 1. 83) ; elle est égale en principe au prix déclaré par les parties sauf si l'Administration prouve au moyen d'une expertise que le fonds a été sous-estimé (loi du 28 février 1872, art. 7 et 8) ; donc si le prix convenu est inférieur à la valeur du fonds, les parties doivent en faire la déclaration. Inversement, si le prix fixé était supérieur à la valeur du fonds, il n'y aurait pas lieu à réduction de droit (Cass., 18 févr. 1879, D. 79. 1. 153, S. 79. 1. 181).

Si l'Administration juge que le fonds a été sous-estimé, elle peut recourir à une expertise dans les formes fixées par la loi du 13 juillet 1925 (art. 57 et s.). Deux hypothèses peuvent alors se présenter :

a) L'expertise fait ressortir une insuffisance égale ou supérieure à $\frac{1}{8}$ du prix estimé ou de la valeur déclarée ; dans ce cas, les parties doivent solidairement : le droit simple sur l'excédent ; un droit en sus si l'insuffisance est reconnue amiablement avant le dépôt au greffe du rapport d'expert et un double droit en sus dans le cas contraire ; enfin, les frais d'expertise ;

b) l'insuffisance est inférieure à $\frac{1}{8}$ du prix estimé ou de la valeur déclarée ; dans ce cas, les frais restent au compte de l'Administration.

Mais les parties peuvent, avant toute procédure, reconnaître à l'amiable l'insuffisance, au moyen d'une soumission sur timbre par laquelle ils s'engagent à payer les droits simples et en sus qui pourront être dus (V. Maguéro, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement*, v° Insuffi-

sance, n° 108). Si elles sont de bonne foi, l'Administration leur remet souvent une partie plus ou moins grande de la pénalité encourue.

Cette situation est aujourd'hui très fréquente, par suite de la dépréciation de la monnaie ; car le prix convenu pourra se trouver très inférieur à la valeur du fonds lors de la réalisation de la promesse.

Remarque : pour les fonds situés sur la Ville de Paris, le fisc perçoit une taxe spéciale pour le compte de la Ville, de 1,25 0/0 sur les éléments incorporels et le matériel et de 0,32 0/0 sur les marchandises décrites et estimées article par article (loi du 31 janv. 1900).

TROISIÈME PARTIE

LA GÉRANCE-VENTE

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET NATURE

132. — DÉFINITION. — La gérance-vente est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce le donne en location à un preneur avec promesse de vente au profit de celui-ci et avec imputation sur le prix de vente des redevances périodiques versées au bailleur et éventuellement du cautionnement déposé par le preneur entre les mains du bailleur ou d'un tiers. La gérance-vente rentre donc dans la catégorie des contrats que l'on a groupés sous la dénomination de « location-vente ».

Le plus souvent, les parties rédigent un acte principal de location ; la promesse de vente se fait par acte séparé qui rappelle en outre les dispositions essentielles du contrat de location. Suivant les cas, le preneur peut se déclarer acquéreur soit à l'arrivée d'un terme déterminé, soit à un moment quelconque pendant le cours de la location.

Souvent aussi, une convention supplémentaire donne au locataire la faculté de céder ses droits à la location et à la promesse de vente ; mais on stipule généralement que le cessionnaire devra verser un dépôt de garantie, d'ailleurs imputable sur le prix, pour assurer l'exécution de

ses obligations. En outre, on déclare que le cédant restera responsable du cessionnaire.

Il ne faut donc pas confondre la gérance-vente avec la location accompagnée d'une promesse de vente au profit du preneur. Cette seconde opération s'en distingue en ce que les loyers sont versés en contre-partie de la jouissance du fonds et ne sont en aucun cas imputables sur le prix de vente ; sa légalité ne saurait être mise en doute car elle n'est accompagnée d'aucune intention frauduleuse à l'égard du fisc ou des tiers (Comm. Havre, 30 juillet 1928, *Gaz. Pal.*, 28. 2. 563).

133. NATURE. — Le contrat est une véritable vente ; en effet, dit l'article 1583 du Code civil : la vente « est parfaite entre les parties ... dès qu'on est convenu de la chose et du prix ». Ce n'est pas même une vente sous condition suspensive : la chose est livrée à l'acheteur puisque celui-ci entre en possession de fonds et le gère en son nom propre, comme s'il lui appartenait ; le prix est partiellement payé sous la forme de redevances de gérance payées d'avance et de cautionnement remis en garantie au vendeur. Dans l'intention des parties, le fonds a été l'objet d'une vente pure et simple et l'acheteur bénéficie de délais plus ou moins étendus pour payer.

On pourrait objecter à cette théorie qu'il n'y a qu'une promesse de vente au profit du preneur et que le contrat réserve à celui-ci la faculté de ne pas se rendre acquéreur du fonds. Cette situation peut être conforme aux apparences mais elle est manifestement contraire aux faits : le contrat stipule toujours que si le preneur renonce

à se rendre acquéreur du fonds, toutes les sommes versées au bailleur sous forme de redevances de gérance ou de cautionnement lui seront définitivement acquises. Or ces sommes sont en fait très supérieures à la valeur locative du fonds et on ne peut raisonnablement admettre qu'elles sont allouées au bailleur à titre de loyers et comme contre-partie de la jouissance du fonds. Dans la réalité, il y a résolution d'une vente et non cessation d'un bail ; l'acquisition par le bailleur du cautionnement et des redevances échues représente une véritable indemnité de résiliation de la vente.

134. — BUT DE LA GÉRANCE-VENTE. — Le contrat a été introduit principalement dans un but d'économie fiscale (ou, si l'on préfère, de fraude fiscale) ; mais il permet en outre de porter frauduleusement atteinte aux droits des créanciers et à ceux du bailleur.

1° *A l'égard du fisc* : la gérance-vente est destinée à échapper à la perception par le fisc des droits applicables aux mutations de fonds de commerce à titre onéreux. Ces droits étaient autrefois peu considérables : 2 0/0, plus les décimes, pour les éléments incorporels du fonds et le matériel ; 0,50 0/0, plus les décimes, pour les marchandises. Or ils sont aujourd'hui majorés dans de très fortes proportions, puisqu'ils sont de 16 0/0, y compris la taxe de première mutation, sur les éléments incorporels et le matériel et de 9 0/0 sur les marchandises (v. *suprà*, 88). D'où l'utilité de la gérance-vente car, lors de la réalisation de la vente, on ne déclarera à l'enregistrement que la somme restant à payer, mais non les acomptes déjà

versés sous la forme de loyers et sur lesquels le fisc n'aura perçu, lors de l'enregistrement de l'acte principal de location, que le droit applicable à ce contrat, c'est-à-dire 0,72 0/0 (*suprà*, 118).

2° *A l'égard des créanciers* : les parties se sont bien gardées d'accomplir les formalités de la loi du 17 mars 1909 ; les créanciers n'ont donc pas pu former opposition. En admettant qu'à la réalisation de la vente, celle-ci soit publiée, le vendeur aura pu déjà disposer des acomptes touchés sous forme de loyers ou de cautionnement et l'opposition des créanciers sera inefficace, s'il est insolvable.

Remarquons d'ailleurs que cette publicité n'aura jamais lieu en pratique car la somme restant à payer et annoncée comme prix est généralement très inférieure à la valeur du fonds ; or, si cette somme ne suffit pas pour désintéresser les créanciers opposants, ceux-ci peuvent former une surenchère du dixième (art. 23 de la loi) et l'acquéreur perdrait le bénéfice de l'opération. De plus, les sanctions fiscales sont très sévères quand le prix déclaré est inférieur à la valeur du fonds (*suprà*, 131).

3° *A l'égard du bailleur* : si le bail des locaux où s'exploite le fonds de commerce contient une interdiction de céder ou de sous-louer, qui peut faire obstacle à la vente du fonds, les parties dissimulent cette vente sous la forme d'une gérance afin d'éluder la prohibition.

La gérance-vente est donc, dans l'esprit des parties, un acte frauduleux, ce qui explique la rigueur de la jurisprudence à son égard.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA GÉRANCE-VENTE

135. — Les parties ne peuvent pas se prévaloir à l'égard des tiers d'un acte de gérance-vente. En effet, ceux-ci ne peuvent connaître que l'acte principal de location, car la convention qui transforme cette location en une véritable vente est restée occulte ; c'est une contre-lettre. Or, dit l'article 1321 du Code civil, les contre-lettres ne peuvent pas nuire aux tiers. Au surplus, ceux-ci pourraient faire prononcer l'annulation de la convention pour fraude, conformément aux dispositions de l'article 1166 du Code civil.

136. — Mais la jurisprudence va beaucoup plus loin et décide en principe que la gérance-vente a une cause illicite, qu'elle est contraire à l'ordre public puisqu'elle tend à contrevenir à la loi du 17 mars 1909 qui est une loi d'ordre public, qu'elle est en outre frappée de nullité absolue par les dispositions de la loi du 27 février 1912 (art. 7).

Il s'ensuit que :

1° Toute personne peut se prévaloir de la nullité du contrat parce que cette nullité est « absolue » ; le juge pourra même la constater d'office.

2° La nullité est immédiate ; donc l'acte ne peut pro-

duire aucun effet, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers.

3° Elle est imprescriptible ; cependant la jurisprudence admet que l'action en nullité se prescrit par trente ans, délai maximum de prescription des actions en justice.

4° La nullité ne peut pas être couverte par la confirmation de l'un des intéressés, ni par sa renonciation.

Nous verrons cependant que dans certains cas particuliers, l'acte peut être parfaitement valable.

137. — I. CONSÉQUENCES DE L'INOBSERVATION DE LA LOI DU 17 MARS 1909. — La location-vente d'un fonds de commerce n'est pas expressément visée par la loi du 17 mars 1909 (art. 3) car la commission du Sénat « n'a pas voulu lui donner, en la désignant expressément, la consécration légale et elle a cru préférable de laisser la jurisprudence faire son œuvre » (Rapport au Sénat de M. Cordelet). Mais l'article 3 de la loi est formel : « Toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat ... sera ... publiée ». Donc, même si l'on admet que la gérance-vente est une vente sous-condition suspensive et non une vente pure et simple (*suprà*, n° 133), il faut la publier.

Il est donc impossible d'admettre, comme l'a fait l'auteur d'un récent opuscule (qui d'ailleurs n'a nullement distingué la gérance libre de la gérance-vente et a admis sans réserves la validité de celle-ci), que la gérance-vente échappe à toute publication légale ; même en admettant, comme l'a fait cet auteur, que la gérance-vente est une simple location de fonds de commerce accompagnée d'une

promesse de vente, il faudrait publier la location puisque l'usage, consacré par la jurisprudence, impose cette publication à peine d'inopposabilité aux tiers. Or l'auteur en question écarte complètement cette publicité et ajoute : « seule la radiation du vendeur sur le registre du commerce et l'inscription du gérant constitue une publicité opposable aux tiers » (Le Pelletier, *Gérance libre et gérance-vente*, p. 13). Solution doublement inexacte car, d'une part, s'il y a « vendeur », il y a vente, donc application de la loi de 1909 ; d'autre part, dans notre droit, le registre du commerce est un simple centre de renseignements et n'a nullement pour effet de rendre opposables aux tiers les énonciations qu'il contient.

138. — La jurisprudence déclare donc, en général, que la gérance-vente est nulle pour inobservation de la loi de 1909 qui est d'ordre public ; les parties ont voulu frauder la loi pour permettre au vendeur de disposer librement du prix et empêcher les créanciers privilégiés ou chirographaires de former opposition (Com. Marseille, 16 décembre 1925, *Rec. Marseille*, 27. 1. 50, *Gaz. pal.*, 27. 2, table, v° *fonds de commerce*, n° 17 ; Com. Melun, 26 déc. 1927 ; Com. Pontoise, 31 janv. 1928 ; Com. Seine, 30 mars, 24 et 27 avril 1928, *Gaz. pal.*, 28. 2. 398). Le tribunal de commerce de Melun (jugement précité) rappelle que l'article 1165 du Code civil, d'après lequel les conventions font la loi des parties, ne peut s'appliquer qu'aux conventions « légalement formées » ; or la convention de gérance-vente est contraire à la loi de 1909 : « tout contrat et tout accord qui auraient pour effet de diminuer les

sûretés accordées par la loi aux créanciers ayant des droits sur un fonds de commerce, en induisant ces créanciers à erreur sur la véritable situation de leur débiteur porte atteinte à l'ordre public et revêt un caractère illécite ». Le tribunal statue « conformément à l'article 1131 du Code civil et en vertu du droit qui appartient aux tribunaux d'assurer la moralité des contrats ».

139. — Cette sanction donnée à la loi de 1909 est d'ailleurs discutable ; en effet l'article 3 § 8 de la loi dit : « l'acquéreur qui, sans avoir fait, dans les formes prescrites, les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers ». Ainsi, d'après la loi, la vente est valable *inter partes* ; elle est seulement inopposable aux créanciers, à défaut de publicité régulière. C'est ce qu'ont décidé le tribunal de commerce de la Seine (12 déc. 1928, *Gaz. pal.*, 4 janv. 1929) et la Cour de Paris (16 oct. et 5 nov. 1928, *Gaz. pal.*, *ibid.*).

140. — Mais cette solution suppose que la loi du 27 février 1912 est inapplicable (*infra*, 143) et que les parties n'ont nullement eu l'intention de frauder le fisc, ce qui aura lieu notamment si l'acte de promesse de vente porte l'intégralité du prix et a été enregistré (Paris, 5 nov. 1928 précité).

Ainsi donc, à défaut de fraude fiscale, la gérance-vente est parfaitement valable car la loi du 17 mars 1909 n'est pas sanctionnée par une nullité d'ordre public qui, d'ailleurs, est expressément repoussée par les travaux préparatoires (V. rapport de M. Cordelet).

La loi n'oblige pas les parties à accomplir les formalités qu'elle édicte; elles peuvent donc les négliger, mais à leurs risques et périls et l'acheteur risque d'être obligé de payer deux fois (V. aussi Comm. Havre, 27 déc. 1927, *Rec. Havre*, 28. 1. 64. G. P. 28. 2. Somm., p. 3 qui valide une véritable gérance-vente et non une simple location avec promesse de vente).

141. — DROITS DES CRÉANCIERS. — Il faut distinguer suivant qu'il s'agit des créanciers chirographaires ou des créanciers inscrits.

1° Créanciers chirographaires : l'acte leur est inopposable, puisque les formalités de la loi de 1909 n'ont pas été observées; l'acheteur ayant mal payé, ils pourront l'obliger à payer une seconde fois. En outre, ils pourront toujours surenchérir du dixième, si le prix ne suffit pas pour les désintéresser.

2° Créanciers inscrits : ils sont privilégiés sur le prix; ils se trouvent donc lésés par la gérance-vente, puisqu'une partie plus ou moins importante du prix a déjà été versée sous formes de loyers et de cautionnement et que, malgré les inscriptions, le propriétaire du fonds aura pu disposer de ces acomptes. Ils pourront se prévaloir de l'article 1167 Code civil et demander la nullité de l'acte passé en fraude de leurs droits; mais il leur faudra prouver la fraude du vendeur, et aussi la complicité de l'acheteur, puisque l'acte est à titre onéreux. Ils pourront également requérir la mise en adjudication du fonds. Ils pourraient aussi faire déclarer par le tribunal que, l'acte étant une véritable vente, les loyers versés et le cautionnement

représentent une partie du prix qui doit leur être attribué par préférence ou encore demander la mise sous séquestre de ces loyers et cautionnement jusqu'à l'expiration des délais d'option.

Le précédent vendeur a en outre l'action résolutoire ; la résolution de la vente entraînera de plein droit celle de la gérance-vente par application du principe *resolutio jure dantis resolvitur jus accipientis*. Celui qui a donné le fonds en gérance-vente devra alors restituer les acomptes qu'il a touchés. De plus, si la vente précédente stipulait qu'en cas de revente du fonds la totalité du prix deviendrait exigible de plein droit, le précédent vendeur partiellement impayé peut considérer que la gérance-vente est une véritable vente et poursuivre la mise en adjudication du fonds (Paris, 24 avril 1928, *Gaz. pal.*, 28. 2. 398).

142. — REMARQUE. — Il résulte des observations précédentes qu'un contrat de gérance-vente peut être parfaitement valable et produire tous effets, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, à deux conditions :

1° Les parties n'ont pas eu l'intention de frauder le fisc et ont déclaré à l'enregistrement le véritable prix.

2° L'acte a été régulièrement publié, conformément à la loi du 17 mars 1909, c'est-à-dire dans la quinzaine du jour de sa passation ; la situation est exactement la même qu'en cas de vente d'un fonds avec versement immédiat d'une partie du prix seulement et règlement du solde par acomptes successifs.

Il faut bien pourtant reconnaître que dans l'immense

majorité des cas, l'acte de gérance-vente est accompagné d'une intention de fraude à l'égard des créanciers (et alors l'acte n'est naturellement pas publié) et à l'égard du fisc (et l'acte est frappé de nullité absolue).

143. — II. NULLITÉ ABSOLUE RÉSULTANT DE LA LOI DU 27 FÉVRIER 1912. — Dans le cas où les parties ont voulu frauder le fisc, la nullité absolue de la gérance-vente ne saurait être mise en doute car elle tombe incontestablement sous le coup de l'article 7 de la loi du 27 février 1912 (art. 133 du Code de l'Enregistrement : « Est nulle et de nul effet toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une cession de fonds de commerce »).

La jurisprudence est constante en ce sens : Req. 26 avril 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 203 et note ; Civ. 11 janv. 1927, *Gaz. pal.*, 27. 1. 418 ; Req. 21 avril 1928, *Gaz. pal.* 28. 1. 731 ; Civ. 25 juill. 1928, *Gaz. pal.*, 28. 2. 673 ; Comm. Seine, 30 mars, 20 et 27 avril 1928 précités ; Comm. Melun, 26 décembre 1927 précité ; Comm. Pontoise, 31 janv. 1928 précité ; Lyon, 17 juin 1925 et Toulouse, 18 juin 1925, *Gaz. pal.*, 25. 2. 487 ; Besançon, 10 févr. 1926, *Gaz. pal.*, 26. 1. 449 ; Montpellier, 16 févr. 1927, *Monit., jud. Midi*, 15 octobre 1927 ; Lyon, 29 décembre 1924, *Mon. jud. Lyon*, 1^{er} mai 1925 ; Douai, 15 févr. 1927, *Rec. Douai*, 27. 149 ; Civ. Seine, 7 décembre 1927, *Gaz. pal.*, 28. 2. 401.

Le juge devra donc rechercher l'intention des parties et prononcer la nullité lorsqu'elles auront voulu frauder le fisc (Voir Req. 26 avril 1900, S. 04. 1. 519 ; 4 juillet

1904, *ibid.* ; Paris, 24 mars 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 20 ; Civ. Seine, 7 décembre 1927, *Gaz. pal.*, 28. 2. 401, sous-note *b*.

« Attendu qu'il est de principe que les tribunaux doivent considérer, non pas la qualification que les parties ont donné à leurs conventions mais bien le véritable caractère juridique d'icelles ; qu'ils n'ont pas à s'arrêter devant les erreurs commises par l'ignorance ou les déguisements pratiqués par la fraude » (Civ. Seine, 7 décembre 1927 précité).

La nullité étant absolue, existe *ab initio* et la convention ne peut avoir aucun effet, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers (Lyon, 17 juin 1925, *Gaz. pal.*, 25. 2. 487).

144. — Les conséquences de cette idée sont assez nombreuses.

1° L'acquéreur peut-il répéter les acomptes qu'il a versés sous forme de redevances périodiques et de cautionnement ? (Voir Capitant, *De la cause des obligations*, p. 235 et s.). La jurisprudence écarte généralement en cette matière la vieille maxime : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, et elle admet la répétition (Cass. 21 avril 1928, *Gaz. pal.*, 28. 1. 731 ; Req. 26 avril 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 203 ; Besançon, 10 février 1926, *Gaz. pal.*, 26. 1. 449 ; Civ. Belfort, 4 décembre 1924, D. 25. 2. 70. — *Contra* : Comm. Seine, 4 décembre 1920, D. 22. 2. 55 ; Lyon, 17 juin 1925. D. H. 25. 507. *Gaz. pal.*, 25. 2. 487).

145. — 2° L'acquéreur peut-il réclamer les intérêts des sommes qu'il a versées en exécution du contrat frappé de nullité absolue ? La Cour de cassation lui refuse ce droit car, dit-elle, « le paiement n'a pas une cause illicite ; n'est illicite que son caractère clandestin » (Req. 26 avril 1926 précité) ; le vendeur qui a reçu les acomptes n'est donc pas un débiteur de mauvaise foi au sens de l'article 1378 du Code Civil. D'ailleurs, les travaux préparatoires de la loi du 27 février 1912 disaient expressément que les intérêts ne seraient dus qu'à compter du jour de la demande en justice ; or, on a considéré cette disposition comme superflue et on l'a supprimée. Certaines décisions considèrent cependant le vendeur comme un débiteur de mauvaise foi et, appliquant l'article 1378 du Code Civil, l'obligent à verser les intérêts des sommes qu'il a touché (Besançon, 10 févr. 1926, *Gaz. pal.*, 26. 1. 449).

146. — 3° La nullité subsiste malgré l'amnistie fiscale accordée par la loi du 22 mars 1924 (art. 51) ; en effet, cette amnistie est purement fiscale et établie au profit des contribuables qui auront spontanément et dans un délai déterminé rectifié leur fausse déclaration. Elle ne peut donc avoir aucune influence sur la validité de la convention elle-même (Req. 21 avril 1928, *Gaz. pal.*, 28. 1. 731 ; Lyon, 17 juin 1925, *Gaz. pal.*, 25. 2. 487, D. H. 25. 507 ; Toulouse, 18 juin 1925, *Gaz. pal.*, 25. 2. 487 ; Besançon, 10 févr. 1926, précité. — Voir en sens contraire : Com. Seine, 30 déc. 1927, *Gaz. pal.*, 28. 2. 403, sous-note e, qui a décidé qu'il y avait novation et nouvelle dette valable et que, si l'acheteur avait accepté le supplément de

prix déclaré par le vendeur lors de la rectification, il ne pouvait le répéter).

147. — 4° La nullité subsiste donc malgré la réparation par les parties du vice qui entachait la convention ; en effet, une nullité absolue ne peut être couverte.

148. — DROITS ET RESPONSABILITÉ DE L'INTERMÉDIAIRE. — 1° *Commission due à l'intermédiaire* : l'intermédiaire qui, pour frauder le fisc a conseillé aux parties de faire une gérance-vente n'a pas droit à la commission d'usage allouée en cas de vente d'un fonds de commerce, mais seulement à une commission réduite. Donc s'il a perçu la commission, comme si le fonds avait été vendu, il devra restituer la différence (Comm. Seine, 20 avril 1928, *Gaz. pal.*, 28. 2. 404, sous-note h).

149. — 2° *Responsabilité de l'intermédiaire* : il peut être déclaré personnellement responsable et condamné à indemniser les parties des pénalités qu'elles ont encourues et des restitutions qu'elles ont dû faire (Req. 26 avril 1926, *Gaz. pal.*, 26. 2. 203 et note ; Douai, 15 févr. 1927, *Rec. Douai*, 27. 149 ; Dijon, 3 mars 1922, *Rec. Dijon*, 22. 34 ; *Rec. Somm.*, 22. 2184). Cette responsabilité est fondée par la jurisprudence sur l'article 1382 du Code civil et sur les règles du mandat ; en effet, le vendeur a dû restituer à l'acquéreur ce qu'il avait touché ; il perd donc le bénéfice de l'opération et subit un préjudice, par la faute de l'intermédiaire qui lui a conseillé de faire une gérance-vente. Dans l'espèce de l'arrêt de la Chambre des Requêtes

tes précité, cette responsabilité était encore plus fortement engagée car l'intermédiaire avait conseillé l'acte au vendeur dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur et pour éviter à celui-ci le paiement des droits de mutation ; de plus, le vendeur n'avait commis aucune faute en choisissant l'intermédiaire car celui-ci était gradué en droit, ancien huissier de la Banque de France et ses imprimés indiquaient qu'il était spécialisé en la matière. La Cour a décidé que le mandataire avait commis une faute lourde et même « un véritable dol, en suggérant à sa cliente la possibilité d'une dissimulation dont elle ne pouvait personnellement tirer aucun profit et en rédigeant une quittance dans des termes qui la mettaient, et pour longtemps, à la discrétion de son acheteur ». Ainsi la Chambre des requêtes fait de l'action intentée par le vendeur une véritable action en responsabilité et elle précise même qu'il ne saurait y avoir en la matière un recours en garantie.

Par contre, l'arrêt a admis le caractère pénal de l'amende du double édictée contre les complices par la loi de 1912 (art. 7, § 5). Quant à l'amende imposée aux parties et qui est égale au quart de la somme dissimulée, c'est une pénalité fiscale, non personnelle et transmissible aux héritiers ; il semble donc que les parties pourraient demander à l'intermédiaire de les en indemniser.

Remarquons accessoirement que la loi du 18 avril 1928 (art. 8) fait de la complicité des intermédiaires un délit fiscal et correctionnel.

150. — EFFETS DE LA GÉRANCE-VENTE DANS LES CAS OU ELLE EST VALABLE. — Elle vaut comme une véritable vente avec

paiement comptant d'une partie du prix ; en effet, les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix (art. 1582, C. civ.).

Il s'ensuit que :

1° le pseudo-gérant ne peut pas demander la nullité du contrat pour atteinte à l'ordre public car la loi du 17 mars 1909 n'est sanctionnée que par l'inopposabilité de la vente aux tiers (*suprà*, 139) et la loi du 27 février 1912 ne peut être appliquée puisqu'il n'y a pas fraude fiscale et dissimulation partielle du prix (*suprà*, n° 140).

2° Il ne peut donc pas réclamer au vendeur les sommes qu'il lui a déjà versées (Paris, 5 nov. 1928, *Gaz. pal.*, 4 janv. 1929).

3° L'inobservation de la loi du 17 mars 1909 permet à l'acheteur de craindre un trouble de possession ; il peut donc refuser de verser les acomptes s'il n'obtient pas la garantie que les fonds seront consignés ; sinon, il serait exposé à payer deux fois (Paris, 16 octobre 1928, *Gaz. pal.*, 4 janv. 1929 ; *Gaz. trib.*, 6 et 7 févr. 1929). Ainsi, l'acheteur se fait quelquefois constituer par le vendeur un nantissement sur le fonds (V. espèce de l'arrêt de la Cour de Paris, 24 avril 1928. *Gaz. pal.*, 28. 2. 398) ; mais ce nantissement est certainement nul, car le pseudo-gérant est un acheteur, il est donc propriétaire et le vendeur ne pouvait lui donner un nantissement sur un fonds qui ne lui appartenait plus.

4° Si l'acheteur n'exécute pas ses obligations, le tribunal pourra prononcer la résolution du contrat au profit du vendeur (Com. Seine, 12 déc. 1928, *Gaz. pal.*, 4 janv. 1929) et inversement. Mais si le juge des référés est saisi,

en vertu d'une clause résolutoire insérée dans le contrat, d'une demande d'expulsion contre le pseudo-gérant pour défaut de paiement de ses « redevances », il doit renvoyer les parties au principal s'il y a contestation sérieuse sur la nature de l'acte et sur la portée de la clause résolutoire qui y est insérée (Paris, 5 novembre 1928 précité. V. aussi Civ. 28 févr. 1928, *Gaz. pal.*, 28. 1. 811 et note ; Req. 22 mai 1928, *Gaz. pal.*, 28. 2. 586 et 23 mai 1928, *ibid.*, 587). La clause résolutoire prévoit généralement de très lourdes charges contre l'acquéreur qui n'exécuterait pas ses obligations ; elle stipule presque toujours que les sommes déjà versées sont acquises au vendeur à titre de dommages-intérêts de résiliation. En effet, le fonds reste le gage du vendeur jusqu'à paiement intégral du prix ; le vendeur a donc tout intérêt à en assurer la conservation et l'intégrité.

5° Pour la révision des baux à longue durée, la loi du 6 juillet 1925 (art. 3) ne vise que les cessionnaires et sous-locataires ; donc le locataire d'un fonds de commerce avec promesse de vente ne devra pas être mis en cause dans la demande en révision formée par le propriétaire de l'immeuble (Civ. Seine, 29 décembre 1926, *Gaz. pal.*, 28. 2. 400, sous-note a). Au contraire, si les parties ont fait une gérance-vente, le pseudo-gérant est cessionnaire du droit au bail ; il devra donc être mis en cause et il subira, comme occupant actuel, la majoration de loyers (Civ. Seine, 7 décembre 1927, *Gaz. pal.*, 28. 2. 401, sous-note b).

151. — PREUVE DE LA SIMULATION. — Dans le cas ordinaire où, seul le bail est public, tandis que la promesse de

vente reste occulte et fait l'objet d'une contre-lettre, les tiers, c'est-à-dire le fisc ou les créanciers, ont intérêt à prouver que, malgré la qualification donnée à l'acte par les parties, celles-ci ont entendu faire, non pas une location, mais une véritable vente. La distinction est théoriquement fort simple ; il y a vente s'il y a transfert de propriété et si les risques sont mis à la charge de l'acheteur (art. 1138, C. civ.) ; il y a location au contraire s'il y a seulement transfert temporaire de jouissance et si les risques restent au compte du bailleur.

152. — Mais la distinction sera le plus souvent une question de fait et l'on pourra se baser notamment sur les quelques présomptions suivantes :

1° la somme des redevances à verser par le pseudo-gérant, augmentée du « prix » à verser en fin de bail, est approximativement égale à la valeur du fonds de commerce.

2° La location est accompagnée d'une promesse unilatérale de vente pour un prix approximativement égal à la somme des redevances versées par le pseudo-gérant et sur lequel ces redevances viennent s'imputer.

3° Le pseudo-gérant a versé en garantie au propriétaire du fonds un cautionnement en espèces ou en titres, dont le montant est égal à la partie du prix qu'il est d'usage de payer comptant dans les ventes à tempérament.

4° Le pseudo-gérant a remis au vendeur, lors du contrat, un certain nombre de traites échelonnées ou billets de fonds, correspondant à la valeur de celui-ci (Req. 13 mai 1914, *Gaz. pal.*, 23 mai 1914).

5° Le contrat stipule qu'en cas de résiliation de la « location », les sommes versées au bailleur lui seront acquises à titre d'« indemnité » ; en effet, quand un bail est résilié, les loyers versés représentent la contre-partie de la jouissance de la chose et non pas une indemnité de résiliation qui devra être fixée indépendamment ; en réalité, on a stipulé une véritable indemnité de résiliation de vente (Com. Seine, 27 avril 1928, *Gaz. pal.*, 28. 2. 405, sous-note 1).

6° Le pseudo-gérant a effectué sur le fonds des actes de disposition : vente ou apport en société, sans que le prétendu bailleur ait protesté contre eux, à moins qu'il n'y ait abus de confiance de la part du « locataire ».

7° Lors du décès du bailleur, la valeur du fonds n'a pas été comprise dans la déclaration de succession faite par ses héritiers, ou inversement, elle figure dans la déclaration faite par les héritiers du pseudo-gérant, lors du décès de celui-ci.

8° Dans son bilan, le pseudo-gérant fait figurer à l'actif la valeur du fonds et au passif les sommes restant dues sur le prix, que ces sommes soient ou non qualifiées de redevances.

9° Le prétendu bailleur a refusé de payer sur les « redevances » l'impôt sur les bénéfices non commerciaux, sous prétexte que ces redevances n'étaient pas des revenus, mais le produit d'une vente.

10° Les parties ont prétendu faire une simple location avec promesse de vente. Or, le contrat stipule qu'au cas où le gérant ne lèverait pas l'option, il perdrait définitivement les sommes versées au prétendu bailleur. La pré-

somption est d'autant plus forte que ces sommes sont plus importantes relativement à la valeur du fonds ; il est évident qu'il y a bien vente car, en réalité, le pseudo-gérant n'a pas la liberté de ne pas se rendre acquéreur du fonds, comme s'il bénéficiait d'une promesse de vente véritable. En effet, le sacrifice considérable que lui imposerait l'application de la clause l'empêchera d'opter pour la non-réalisation de la vente et il restera toujours en fait acquéreur du fonds.

153. — Il y aurait au contraire présomption de location dans les cas suivants :

1° Les assurances sont au nom du bailleur ; le preneur a la faculté de résilier le contrat au bout d'un certain temps ; enfin, il a, pour devenir acquéreur, une somme importante à verser et égale approximativement à la valeur du fonds (Bordeaux, 26 juillet 1899, D. 01. 2. 152 ; Paris, 17 janv. 1911, *Gaz. pal.*, 11. 1. 299).

2° Le preneur a renoncé à se prévaloir de la fixation des machines dans les locaux pour les déclarer immeubles par destination (Com. Seine, 19 janv. 1907, *Gaz. trib.* 12 juillet 1907).

3° Le bailleur a notifié le contrat au propriétaire de l'immeuble occupé par le locataire (Paris, 7 mai 1912, *Gaz. trib.*, 12. 2. 172).

154. — A l'égard du fisc, la loi du 28 janvier 1872 (art. 9) déclare que l'existence d'une vente est établie :

1° par les actes ou écrits qui révèlent la mutation ;

2° par les actes ou écrits destinés à la rendre publique.

Ces deux premières dispositions sont évidemment inapplicables en notre matière, puisque la mutation est dissimulée ;

3° par l'inscription au rôle des contributions du nouveau possesseur et par les jugements rendus en vertu de ce rôle ; mais les parties peuvent faire la preuve contraire. Donc la présomption tombe par la simple présentation de l'acte de location car le locataire d'un fonds de commerce est soumis comme tel à la patente et aux impôts commerciaux (*Dict. de l'enreg.*, v° Fonds de commerce, n° 156, 6°).

D'où la nécessité de recourir aux présomptions de fait et notamment à celles énumérées ci-dessus (Voir J. Guilhot, *Les gérances de fonds de commerce en droit fiscal*, p. 41, n° 81 et s.).

155. — SANCTIONS FISCALES. — Il faut bien distinguer la qualification erronée et la simulation.

1° Qualification erronée : elle résulte d'une simple impropriété dans les termes employés par les parties ; le receveur doit faire la rectification d'office. Mais l'Administration n'a que deux ans pour réclamer les droits complémentaires (art. 61 de la loi de frimaire an VII, modifié par celle du 31 janvier 1914).

2° Simulation : les parties ont employé une qualification erronée en vue de frauder le fisc. Elle est sanctionnée par la loi du 13 juillet 1925, art. 54 : « Lorsqu'il est amiablement reconnu ou judiciairement établi que le véritable caractère des stipulations d'un contrat ou d'une convention a été dissimulé sous l'apparence de stipulation donnant ouverture à des droits moins élevés, il est dû un

double droit en sus. Cette pénalité est due solidairement par toutes les parties contractantes ». Toutefois, d'après une Instruction de l'Enregistrement (3860, § 9) : « ce texte ne vise que les dissimulations, c'est-à-dire les opérations ayant un caractère volontairement frauduleux et comportant une altération des stipulations réelles des parties. »

Remarquons qu'il n'y a pas, comme en cas de qualification erronée, de délai de prescription spécial ; on appliquera donc la prescription ordinaire de trente ans (art. 2262, C. civ. ; Cass. 6 mai 1903, S. 04. 1. 529, D. 04. 1. 186).

Vu : *Le Doyen,*
H. BERTHELEMY.

Vu : *Le Président,*
G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- HENRI LALOU. — *La mise en gérance des fonds de commerce*. D. H., 1928, n° 44.
- JACQUES GUILHOT. — *Les gérances de fonds de commerce en droit fiscal*, à la Librairie des Jurisclasseurs (s. d.).
- BOUDAUD et CHABROL. — *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, chez Rousseau, 1905 et Supplément, 1910.
- CENDRIER. — *Le Fonds de commerce*, chez Dalloz (s. d.).
- MONTIER et FAUCON. — *Le Fonds de commerce*, 3^e édition, 1914, chez Rousseau.
- LE PELLETIER. — *Gérance-libre et gérance-vente*, 1928, à la Librairie des Jurisclasseurs.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Traité de droit civil. Du contrat de Louage et du Mandat*.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
1. — Définition de la gérance.	1
2. — Classification	1
3. — Gérance salariée : mandat, ou mandat et louage de services	2
4. — Gérance libre : louage de choses, location de fonds de commerce	2
5. — Gérance-vente : forme de la précédente, de légalité douteuse	2

PREMIÈRE PARTIE

La gérance proprement dite.

CHAPITRE PREMIER

La gérance dans les rapports des parties entre elles.

6. — Nature complexe du contrat : mandat ou louage de services et mandat. Application, suivant les cas, des règles de l'un ou de l'autre de ces deux contrats	7
7. — Intérêt de la distinction entre mandat et louage de services : représentation, révocabilité, solidarité des commandants, réductibilité du salaire, application de la législation du travail.	7

	Pages
8. — Critérium de la distinction ; nombreuses théories se basant sur l'objet du contrat, la représentation, la possibilité de rémunération exacte en argent	9
9. — et surtout : les rapports de dépendance	11
10. — C'est le critérium dominant en jurisprudence, question de fait.	12

SECTION I. — Le gérant mandataire.

§ 1. — Formation du mandat.

11. — Conditions de validité : le droit commun	14
12. — 1 ^o Capacité du mandant : cas du mineur et de la femme mariée	14
13. — et du mandataire : cas du mandat donné à un incapable	16
14. — 2 ^o Objet du contrat : a) pharmacie : gérance interdite	17
15. — b) herboristerie-droguerie : cas douteux mais plutôt favorable.	18
16. — c) débit de boissons : cas où le propriétaire ne peut pas l'exploiter lui-même	18
17. — Nature commerciale du mandat : acte mixte	19
18. — Compétence	19
19. — Preuve du mandat <i>inter partes</i> . — 1 ^o Preuve de son existence : preuve civile, preuve commerciale.	19
20. — 2 ^o Preuve de son étendue	21

§ 2. — Obligations du mandant.

21. — Triple obligation du mandant	22
22. — 1 ^o Remboursement des avances et frais	23
23. — Intérêts : dus de plein droit.	23
24. — 2 ^o Paiement du salaire : ce que comprend le salaire, intérêts, possibilité de réduction par les tribunaux	24
25. — 3 ^o Indemnisation des pertes subies	25
26. — Garanties légales de l'exécution des obligations du mandant. — 1. Solidarité des comandants.	26

	Pages
27. — 2. Droit de rétention : objet, créances garanties . . .	26
28. — Garanties conventionnelles : caution, gage, dépôt de garantie ou cautionnement.	28
29. — Actes du mandataire excédant ses pouvoirs. — Le mandataire peut avoir l'action de gestion d'affaires (moins large que celle née du mandat) ou l'action <i>de in rem verso</i> . . .	29

§ 3. — *Obligations du gérant.*

30. — 1 ^o Obligation d'exécuter le mandat. — Le gérant peut-il se substituer un tiers ? non, sauf clause formelle qui peut se présenter sous deux formes différentes.	31
31. — Responsabilité du gérant.	32
32. — 2 ^o Obligation de rendre compte : son objet	33
33. — Garanties de l'exécution de ces obligations	35

§ 4. — *Cessation de la gérance.*

34. — Droit commun : terme, cas fortuit ou de force majeure, décès ou interdiction du gérant, interdiction du propriétaire, mais non son décès, faillite du propriétaire, faillite ou déconfiture du gérant	35
35. — Changement de volonté de l'une des parties : renonciation, révocation	37
36. — Clause résolutoire.	38

SECTION II. — *Le gérant préposé.*

37. — Le contrat de gérance peut être un mandat à l'état pur	39
38. — Ce n'est jamais un louage de services, sans mélange de mandat	39
39. — On appliquera, selon les cas, les règles du louage de services ou celles du mandat	39

§ 1. — *Formation du contrat.*

40. — Conditions de validité : pas de formes légales . . .	39
41. — Capacité	40

	Pages
42. — Objet	41
43. — Nature du contrat : acte mixte.	41
44. — Compétence : règles particulières	41

§ 2. — *Effets du contrat inter partes.*

45. — Obligations du commettant : salaire, droit au pourcentage, fixation de salaire minimum, prescription	43
46. — Garanties légales reconnues au gérant : privilège, droit de rétention	44
47. — Obligations du gérant	45
48. — Différences entre le gérant et le simple employé : dommages-intérêts de résiliation ; délai-congé ; repos hebdomadaire	46
49. — Mais assimilation pour accidents du travail ; cautionnement	47
50. — Gérance et société : la collaboration sur le pied d'égalité.	47

§ 3. — *Cessation du contrat.*

51. — Causes d'extinction : mort du gérant ; force majeure, terme, volonté unilatérale.	49
52. — Faillite du patron.	50
53. — Rétablissement du gérant : libre, sauf clause	51

CHAPITRE II

Effets de la gérance à l'égard des tiers.

54. — Application des règles du mandat.	52
---	----

SECTION I. — Pouvoirs du gérant.

55. — Droit comparé : codes de commerce allemand et italien	52
56. — Publicité de la gérance : registre du commerce ; art. 2005 du C. civ. ; lois étrangères	53

	Pages
57. — Etendue des pouvoirs du gérant : 1 ^o Actes permis ;	
2 ^o Actes interdits	55

**SECTION II. — Cas dans lesquels le propriétaire du fonds
est obligé.**

58. — Trois causes : représentation, faute prouvée ou présumée, loi	56
59. — 1 ^o La représentation	57
60. — 2 ^o Actes du mandataire excédant ses pouvoirs ; mandant non tenu sauf : il a ratifié ; il a commis une faute ; il s'est enrichi ; il y a gestion d'affaires.	57
61. — 3 ^o Délits et quasi délits du gérant : responsabilité du mandant.	59

**SECTION III. — Cas dans lesquels le gérant
s'oblige personnellement.**

62. — Il n'accomplit pas régulièrement le mandat reçu : il agit pour son compte personnel ; acte excessif ; délits et quasi-délits ; prête-nom.	60
63. — Le prête-nom	61

CHAPITRE III

La gérance au point de vue fiscal.

64. — Gérance par acte authentique	63
65. — Gérance verbale	63
66. — Gérance par acte sous seings privés	63
67. — Dispositions indépendantes de la gérance ; garanties conventionnelles : 1 ^o Caution.	64
68. — 2 ^o Nantissement de fonds	65
69. — 3 ^o Hypothèque.	65
70. — 4 ^o Dépôt de garantie ou cautionnement ; dépôt en valeurs mobilières	65
71. — Suite : dépôt en argent	66

	Pages
72. — Suite : dépôt remis par l'une des parties à l'autre . .	66
73. — Suite : dépôt confié à un tiers	66
74. — Suite : dépôt versé par un tiers	67
75. — Cession de gérance : sans prix ou moyennant un prix.	67
76. — Résiliation de gérance : avec ou sans indemnité. . .	67

DEUXIÈME PARTIE

La location du fonds de commerce.

CHAPITRE PREMIER

Comparaison avec la gérance proprement dite.

77. — Différence essentielle : la non-responsabilité du propriétaire du fonds	71
78. — Celui-ci n'est pas commerçant ; conséquences : faillite, capacité	71
79. — Autres différences : immeubles par destination ; droits d'enregistrement	72
80. — La distinction est une question de fait	73

CHAPITRE II

Conditions de validité du contrat.

81. — Nature du contrat : louage de meuble incorporel, tempéraments	75
82. — Nature civile ou commerciale	76
83. — Capacité du bailleur et du preneur.	76
84. — Fonds de commerce du mineur.	77
85. — Objet du contrat : le fonds dans son ensemble, exclusion des marchandises	78
86. — Il doit être licite	80

	Pages
87. — Preuve du bail.	80
88. — Utilité pratique de la location d'un fonds	80

CHAPITRE III

Effets du contrat inter partes.

SECTION I. — Obligations du bailleur.

89. — Enumération.	83
90. — 1 ^o Obligation de délivrance	83
91. — 2 ^o Obligation d'entretien	84
92. — 3 ^o Obligation de garantie. — A. Garantie d'éviction. .	85
93. — B. Garantie de son fait personnel	85
94. — C. Garantie des vices	86

SECTION II. — Obligations du locataire.

95. — Enumération.	87
96. — 1 ^o User correctement de la chose : exploiter le fonds, suivant sa destination	88
97. — Suite : sans faire concurrence au fonds.	89
98. — Suite : il ne peut disposer du fonds	90
99. — 2 ^o Payer les loyers au terme convenu. — Eléments du prix.	90
100. — Suite : mode de paiement.	91
101. — Suite : privilège du bailleur pour la partie des loyers correspondant à l'immeuble	91
102. — Suite : charges supplémentaires imposées au preneur. .	92
103. — 3 ^o Exécuter les réparations locatives.	92
104. — 4 ^o Restituer en fin de bail : éléments corporels ; élé- ments incorporels	93
105. — Cas où le fonds comprend en fin de bail des éléments nouveaux : matériel, brevets et marques, enseigne, clientèle, constructions.	93

SECTION III. — Cessation du bail.

106. — Droit commun	95
-------------------------------	----

CHAPITRE IV

Effets de la location à l'égard des tiers.

407. — Intérêt des tiers à connaître la location.	97
408. — Publication de la location. — Le droit romain. . . .	97
409. — Pas de publicité légale.	98
410. — Mais l'usage et la jurisprudence imposent une publi- cité. — Sa forme	98
411. — Elle doit être précise	99
412. — Commerce de liquides : transfert de licence	100
413. — 1 ^{er} cas : Bail régulièrement publié : propriétaire non tenu en principe.	100
414. — Droits des créanciers du bailleur sur le fonds : créan- ciers chirographaires et inscrits	101
415. — 2 ^e cas : Bail non publié : propriétaire tenu. . . .	103
416. — Double fondement de son obligation : art. 1382, C. civ. — Théorie du prête-nom	103
417. — Faillite ou liquidation judiciaire du locataire : droits du propriétaire des locaux et du propriétaire du fonds . .	105

CHAPITRE V

La location de fonds de commerce au point de vue fiscal.

418. — Principe	107
419. — Prix imposable	107
420. — Charges	108
421. — Valeur imposable. — Bénéfice du fractionnement .	108
422. — Délai d'enregistrement.	109
423. — Remarque : déclaration de location verbale	110
424. — Cession de bail de fonds de commerce	110
425. — Résiliation de bail	111
426. — Vente de marchandises annexe au bail	111
427. — Garanties conventionnelles : caution, dépôt de garan- tie, nantissement, hypothèque	112
428. — Promesse de vente : plusieurs catégories	113

	Pages
129. — Droit fiscal : promesse translatrice ou non translatrice.	114
130. — Réalisation de promesse non translatrice ; délai d'enregistrement, tarif applicable.	114
131. — Suite : valeur imposable	116

TROISIÈME PARTIE

La gérance-vente.

CHAPITRE PREMIER

Définition et nature.

132. — Définition.	121
133. — Nature : vente pure et simple.	122
134. — But ; possibilité de fraude contre le fisc, les créanciers, le bailleur	123

CHAPITRE II

Effets de la gérance-vente.

135. — C'est une contre-lettre	125
136. — Elle est nulle en principe d'après la jurisprudence ; nullité absolue	125
137. — I. Conséquences de l'inobservation de la loi de 1909. — La gérance-vente n'échappe pas à cette loi.	126
138. — D'après une partie de la jurisprudence, il y a nullité pour fraude à la loi.	127
139. — Non : simple inopposabilité aux tiers	128
140. — A condition qu'il n'y ait pas de fraude fiscale	128
141. — Droits des créanciers chirographaires et inscrits	129
142. — Conditions requises pour la validité de la gérance-vente	130
143. — II. Nullité absolue résultant de la loi du 27 février 1912 ; jurisprudence constante	131

	Pages
144. — Conséquences : répétition des acomptes versés. . .	132
145. — Suite : répétition des intérêts.	133
146. — Suite : nullité subsistant malgré l'amnistie fiscale (loi du 22 mars 1924)	133
147. — Suite : et malgré la réparation	134
148. — Droits et responsabilité de l'intermédiaire. — 1 ^{re} Com- mission due	134
149. — Responsabilité	134
150. — Effets de la gérance-vente dans les cas où elle est valable	135
151. — Preuve de la simulation	137
152. — Présomptions de fait	138
153. — Suite : présomptions contraires	140
154. — Présomptions légales (loi du 28 janvier 1872) . . .	140
155. — Sanctions fiscales	141

IMPRIMERIE BARNÉOUD. — LAVAL (FRANCE)
